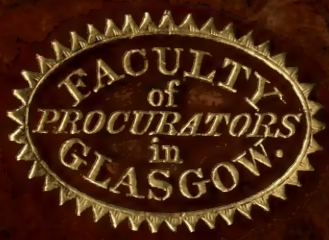

FACULTY
of
PROCURATORS
in
GLASGOW.

ROBBINS
COLLECTION

LAW LIBRARY

THE UNIVERSITY
OF CALIFORNIA

THE REUEL DRINKWATER AND
SADITHA MC CULLOUGH ROBBINS FUND
ESTABLISHED BY
DR. LLOYD M. ROBBINS

FACULTY OF PROCURATORS IN GLASGOW

Presented by
David Murray Esq MA.
TO THE LIBRARY OF THE
Faculty of Procurators
IN GLASGOW.
Dec. 1886

Boullenois

# TRAITÉ
DE
# *LA PERSONNALITÉ,*
ET DE
# LA RÉALITÉ DES LOIX,
*COUTUMES, OU STATUTS.*

# TRAITÉ
DE
# LA PERSONNALITÉ,
ET DE
# LA RÉALITÉ DES LOIX,
COUTUMES, ET STATUTS.

L.A. Massard pinx. Mlle Martinet Sculp.

Lud. Boullenois in senatu Parisiensi patronus anno 1754. ætatis suæ 74.

# TRAITE

DE

# *LA PERSONNALITÉ,*

ET DE

# LA RÉALITÉ DES LOIX,

## *COUTUMES, OU STATUTS,*

PAR FORME D'OBSERVATIONS;

Auquel on a ajouté l'Ouvrage Latin de Rodenburgh, intitulé, *de Jure quod oritur è Statutorum diversitate.*

*Par feu Mᵉ LOUIS BOULLENOIS, ancien Avocat au Parlement.*

TOME PREMIER.

A PARIS,

Chez *GUILLAUME DESPREZ*, Imprimeur du Roi & du Clergé de France, rue Saint-Jacques.

M. D C C. L X V I.

*AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.*

# AVERTISSEMENT
## DE L'ÉDITEUR.

L'Ouvrage que l'on donne aujourd'hui au Public, eſt le fruit de plus de trente années de travail. M. Boullenois fit imprimer, en 1732, ſes queſtions mixtes qui ſont comme l'eſſai du Traité de la réalité & de la perſonnalité des Statuts. Cinq années avant, & dès 1727, il avoit donné au Public ſon Traité des Démiſſions de biens (1) : on voit par la queſtion ſixieme qu'il avoit déja conçu le deſſein de traiter à fond cette vaſte & riche matiere.

Il falloit du courage ſans doute pour enviſager un ſi grand ſujet, & n'être pas effrayé par le nombre & l'étendue des difficultés qu'il préſente de toutes parts. Comment ſe flatter en effet de pouvoir ramener tant de Loix diſcordantes, tant de Coutumes oppoſées, tant d'Uſages contraires à des principes uniformes & ſimples, à des regles invariables & ſûres ? Les Mémoires de M. Fro-

(1) L'Imprimeur avertit le Public qu'il a raſſemblé quelques Exemplaires du Traité des Démiſſions de biens, & qu'il les diſtribuera au prix de 3 livres reliés.

land ne préſentent que des matériaux confuſément amoncelés, qui attendent la main de l'Architecte. Chaline, long-temps auparavant, avoit jetté dans ſa méthode pour l'intelligence des Coutumes, quelques prétendues regles ſur les Statuts, qui avoient moins ſervi à éclaircir les doutes qu'à les augmenter.

Dumoulin & d'Argentré ont, il eſt vrai, répandu des lumieres précieuſes ſur pluſieurs queſtions qu'ils agitent à l'occaſion de la contrariété des Loix & des Statuts; mais ces deux grands Hommes ne ſont pas eux-mêmes toujours d'accord; ou plutôt d'Argentré ſe livrant trop au penchant qu'il avoit de combattre Dumoulin, & de critiquer ſes principes, le ſujet en devenoit d'autant plus difficile à manier: car quelle ſagacité, quelle pénétration, quelle étendue de connoiſſances ne falloit-il pas pour ſuivre ces deux excellents Juriſconſultes dans leurs ſavantes diſſertations; pour ſaiſir la chaîne de leurs idées, l'enſemble de leurs raiſonnements, & marquer avec préciſion le point où l'un s'égare & où l'autre réclame pour la regle; pour ſuivre ſouvent une autre route qu'eux, & montrer que même en ſe diviſant, ils n'ont, ni l'un, ni l'autre rencontré la vérité. Il n'y a qu'un homme qui, par des recherches conſtantes & les méditations les plus profondes, s'eſt rendu maître de ſon ſujet, qui puiſſe entreprendre avec quelque eſpérance de ſuccès, un pareil Ouvrage.

De tous les Auteurs qui ont écrit ſur les Statuts, celui qui l'emporte par la méthode, par la bonne

déduction des principes & par la ſolidité des déciſions, eſt RODENBURGH, Conſeiller au Conſeil Souverain d'Utrecht. Cet Auteur qui écrivoit en 1651, avoit lu avec ſoin & étudié à fond nos Juriſconſultes François. Il connoiſſoit la ſupériorité de Dumoulin & de d'Argentré, & il leur donne des éloges mérités. Il cite ſouvent auſſi Chopin, M. Louet, Brodeau, &c.

Rodenburgh, entre autres Ouvrages, a donné un Traité intitulé, *Tractatus de jure conjugum.* A la tête de ce Traité particulier, il en a mis un de 160 pages *in*-12, qui a pour titre, *De jure quod oritur è Statutorum diverſitate.* C'eſt là qu'il a raſſemblé comme dans un foyer tous les grands principes concernant la contrariété des Loix & des Statuts, qu'il a réſolu les difficultés capitales, & poſé des regles qui répandent un ſi beau jour ſur toute cette matiere.

M. Boullenois a penſé que ce ſeroit rendre un vrai ſervice au Barreau François, de faire connoître un ſi excellent Ouvrage; & comme il vouloit y joindre des notes & des obſervations particulieres, il a cru qu'il devoit le traduire dans notre Langue. Sa traduction eſt non-ſeulement exacte & fidele; elle eſt nette, aiſée & ne ſent nullement la contrainte & la gêne d'une verſion ordinaire. On croit lire un Traité original compoſé par un habile Juriſconſulte François.

Les obſervations de M. Boullenois préſentent une foule de queſtions ſinguliérement intéreſſantes. Ce qui attache principalement un Lecteur avide de s'inſtruire, c'eſt qu'on y trouve quantité de difficultés de

notre Droit coutumier, réſolues avec autant de préciſion que de juſteſſe, & ce ſeroit en vain qu'on chercheroit ailleurs le mot de l'énigme.

M. Boullenois n'eſt pas un interprete ſervile qui n'oſe perdre de vue ſon Auteur & qui adopte juſqu'à ſes erreurs. Il combat très-ſouvent, & Rodenburgh, & du Moulin, & d'Argentré; & ſe frayant une route nouvelle, il poſe d'autres regles, ſe décide par d'autres principes, & va ſouvent beaucoup plus loin que ceux qui avant lui ont eſſayé de débrouiller ce cahos. Quoique le fond de ſon Ouvrage, c'eſt-à-dire, quoique ſes obſervations paroiſſent iſolées, elles forment cependant un Ouvrage ſuivi, & à qui les lira avec attention & voudra faire les rapprochements convenables, il ſera évident que M. Boullenois s'étoit fait un plan qu'il n'a jamais perdu de vue & qui enchaîne toutes ſes déciſions à des maximes auſſi fécondes en réſultats lumineux, qu'heureuſes dans leur application à une infinité de cas particuliers.

Peut-être cependant auroit-on déſiré que M. Boullenois, au lieu de ſuivre Rodenburgh pas à pas, eût rangé ſes obſervations ſous une forme plus méthodique & moins détachée, & qu'il eût mis des ſommaires à la tête de chaque obſervation : c'étoit le conſeil que lui donnoit M. le Préſident Bouhier, auquel il avoit communiqué ſon travail ; mais l'Auteur après y avoir murement penſé & avoir peſé ſans doute les avantages apparents & les inconvénients réels de cette diviſion, a cru devoir s'en tenir à ſon premier

plan, & nous l'avons livré à l'impreſſion tel que M. Boullenois vouloit le faire paroître il y a plus de dix ans.

Nous ne nous ſommes permis aucuns changements dans le texte, aucunes notes même ſur quelques endroits qui peut-être en ſeroient ſuſceptibles. MM. Boullenois, Fils de l'Auteur, ont déſiré que l'Ouvrage parût tel qu'il eſt ſorti des mains de leur illuſtre Pere. (2)

Le ſtyle de M. Boullenois eſt en général, clair, correct, ſimple ; c'eſt un ſtyle convenable à des diſſertations où il s'agit d'applanir des difficultés de Droit, & de concilier des Arrêts; c'eſt par reſpect encore pour la mémoire de l'Auteur, que l'on a laiſſé ſubſiſter juſqu'à ſa maniere d'orthographier les noms d'Auteurs bien connus, & que l'uſage a d'ailleurs un peu altérés. Ainſi on lira dans cet Ouvrage, *du Molin, Chaſſeneuz, &c.* au lieu de *Dumoulin, Chaſſanée, &c.* En un mot le Public ne trouvera rien dans cet important Ouvrage qui n'appartienne à l'Auteur.

Cette attention qu'on a eue de ne pas ajouter aux idées & aux expreſſions de l'Auteur, des idées & des expreſſions, pour ainſi dire, hétérogenes, fera ſans doute rechercher ſon Ouvrage avec d'autant plus d'empreſſement, qu'on doit être ſûr de l'entendre parler lui-même, & de retrouver dans ce Traité, la même juſteſſe, la même préciſion, la même profondeur de

(2) M. Boullenois, Correcteur des Comptes, & M. Boullenois de Villeneuve.

raiſonnement que dans les queſtions mixtes & dans ſon Traité des Démiſſions de biens. Ce qu'il y a de ſingulier, c'eſt que ce dernier Ouvrage qui eſt excellent, eut moins de ſuccès dans la Capitale que dans les Parlements de Bourgogne & de Franche-Comté.

M. le Préſident Bouhier & M. le Préſident Eſpiard étoient alors, ſans contredit, les deux plus grandes lumieres de ces Cours Souveraines. Conſultés par tous les Juriſconſultes de la France, ils vouloient bien examiner leurs Ouvrages, les lire avec l'œil éclairé d'une ſage critique, les enrichir ſouvent de ſavantes diſſertations, & concourir ainſi avec un zele bien rare aujourd'hui, au bien de la Patrie.

A peine M. Boullenois eut-il fait imprimer ſes queſtions mixtes, qu'il chercha à lier une correſpondance ſuivie avec M. le Préſident Bouhier. Il s'étoit propoſé de le conſulter ſur le grand Ouvrage qu'il méditoit dès-lors & que nous donnons au Public. Il lui envoya donc un exemplaire des Queſtions mixtes, & il l'accompagna d'une Lettre où il lui témoignoit tout le déſir qu'il avoit qu'il fût à ſon égard *un rigide Cenſeur.*

On ſera bien aiſe ſans doute de trouver ici quelques fragments de cette intéreſſante correſpondance.

*VOtre réputation, Monſieur,* (3) *m'étoit connue depuis long-temps, & principalement par votre excellent Traité ſur les Démiſſions de biens, que j'ai lu avec autant de plaiſir que de fruit. Je ſuis très-flatté du préſent que vous avez la bonté de me faire de votre nouvel Ouvra-*

(3) Premiere Lettre de M. le Préſident Bouhier à M. Boullenois.

*ge, & de l'honneur que vous y avez fait à un petit Mémoire que j'ai dreſſé pour l'intelligence d'un article de notre Coutume. Il n'avoit été fait que pour les Juges qui ont rendu l'Arrêt que vous citez, & non à deſſein d'être imprimé; mais j'eſpere que vous y aurez ſuppléé à ce qui vous y aura paru de défectueux, & qu'en tout cas il paſſera à la faveur des excellentes choſes dont il ſera accompagné. Je ſuis charmé que cela me fourniſſe une occaſion d'entrer en commerce avec une perſonne de votre mérite, & voudrois fort être aſſez heureux pour trouver quelque occaſion de vous marquer la parfaite conſidération avec laquelle j'ai l'honneur d'être, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

LE P. BOUHIER.

A Dijon, ce 19 Janvier 1732.

M. le Préſident Bouhier lut les Queſtions mixtes avec la plus grande attention, & il crut que le ton de candeur & de vérité avec lequel M. Boullenois lui demandoit ſes conſeils, méritoit qu'il lui fît part de ſes obſervations particulieres.

*QUoique votre beau Livre, Monſieur, m'ait été rendu depuis environ ſix ſemaines, ce n'eſt cependant que depuis peu de jours que j'ai pu trouver un peu de loiſir pour en lire une partie avec l'attention qu'il mérite. On ne peut être plus content que je le ſuis, & du fond des choſes, & de la maniere dont elles ſont traitées. On peut dire que le ſujet eſt un des plus difficiles & des plus intrigués qui ſoit dans notre Droit. Vous l'avez ſans doute très-heureuſement éclairci en pluſieurs endroits. Si dans quelques autres il reſte des difficultés, comme vous le verrez par le petit cahier des Obſervations ci-jointes, c'eſt qu'il n'eſt guere poſſible de mettre tout d'un coup ces ſortes d'Ouvrages en état de perfection. Il n'y a que la contrariété qui faſſe peu à peu découvrir la vérité, & c'eſt en ce ſens qu'on a dit il y a long-temps, que la diſcorde étoit ſouvent utile aux hommes. C'eſt dans cette vue uniquement que je vous ai propoſé quelques doutes, ſans prétendre rien décider ſur une matiere où vous êtes beaucoup plus verſé que moi. Il me manque d'ailleurs deux Livres qui me ſeroient abſolument néceſ-*

*ſaires, pour approfondir cette matiere, qui ſont le* Voëtius, de Statutis, *& le* Rodenburgius, de jure conjugum, *où il parle auſſi des Statuts, ainſi que vous me l'avez appris. Je ne ſais s'il ſeroit aiſé de les avoir à Paris, & en ce cas je vous prierois de me les procurer, s'il étoit poſſible. J'aurois ſoin de vous en faire rendre auſſi-tôt le prix. En revanche, s'il y avoit ici quelque choſe qui vous fit plaiſir, je m'en ferois un ſenſible de vous le faire chercher, ainſi que de vous prouver en toutes occaſions la conſidération parfaite avec laquelle j'ai l'honneur d'être, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

LE P. BOUHIER.

A Dijon, ce 10 Avril 1732.

On verra, en liſant le Traité des Statuts, que M. Boullenois a ſu profiter des ſavantes remarques que M. le Préſident Bouhier avoit faites ſur les *Queſtions mixtes*, & qu'également éloigné, & de l'orgueil qui ne s'occupe qu'à défendre ſes productions, & de la foibleſſe qui adopte aveuglément celles qui ſont, pour ainſi dire, défendues par l'autorité impoſante d'un grand nom, il diſcute avec autant d'impartialité que d'érudition, les queſtions controverſées, & ſe décide contre lui-même toutes les fois que les principes examinés ſous un nouveau point de vue, conduiſent à des conſéquences qui d'abord ne l'avoient pas frappé.

M. le Préſident Bouhier envoyoit auſſi ſes Ouvrages à M. Boullenois, & nous croyons devoir tranſcrire encore ici deux Lettres de ce Magiſtrat, qui prouvent toute la droiture de ſon ame & l'eſtime particuliere qu'il faiſoit du ſavoir de M. Boullenois.

*J'Ai l'honneur de vous préſenter, Monſieur, un petit Ouvrage que j'ai fait imprimer depuis peu ſur le droit de repréſentation ſuivant l'eſprit*

*l'eſprit de notre Coutume. Je m'y ſuis trouvé engagé par la crainte qu'un autre Ouvrage, qui a paru ici il n'y a pas bien long-temps, & où cette matiere avoit été traitée d'une maniere aſſez extraordinaire, ne fît impreſſion ſur des gens peu attenifs, dont le nombre n'eſt que trop grand aujourd'hui. J'ai fait réimprimer en même-temps ma petite Diſſertation ſur un article de notre Coutume, que vous aviez eu la bonté de faire inſérer dans l'excellent Ouvrage que vous m'avez fait l'honneur de m'envoyer. Recevez le tout, s'il vous plaît, moins comme une choſe qui mérite votre attention, que comme une preuve de l'envie que j'aurois de vous marquer l'eſtime parfaite avec laquelle je ſuis, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

LE P. BOUHIER.

A Dijon, ce 12 Mars 1735.

*COmme je crois, Monſieur, que le Libraire de Paris qui doit débiter les exemplaires du premier volume de mes Obſervations ſur notre Coutume, en a reçu quelques-uns, permettez-moi de vous prier de vouloir bien en accepter un, qu'il vous remettra à la vue du billet ci-joint. Quoiqu'en traitant la maniere de la réalité ou de la perſonnalité des Coutumes, j'aie cru devoir prendre une autre route que celle que vous nous avez tracée, je n'ai pas laiſſé de vous rendre par-tout la juſtice qui eſt due à votre mérite & à vos ſavantes recherches; mais comme c'eſt le ſujet le plus épineux qu'il y ait dans notre Juriſprudence, il n'eſt pas ſurprenant qu'on ſoit quelquefois de différents ſentiments. Ce qui eſt de ſûr, c'eſt que je n'ai ſongé qu'à chercher la vérité & le bien public, ſans aucune vue de contrariété, & prêt à changer de ſentiment dès qu'on me fera appercevoir que je ſuis dans l'erreur. Cette diſcuſſion m'a empêché de mettre mon ſecond volume en état de paroître auſſi-tôt que je l'aurois déſiré; mais il ne tardera pas, ſi mon âge & mes infirmités me le permettent. En tout cas celui-ci vous ſervira toujours, s'il vous plaît, de gage de l'eſtime & de la conſidération très-diſtinguée avec leſquelles je ſuis, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

LE P. BOUHIER.

A Dijon, ce 18 Décembre 1742.

M. Boullenois communiqua à M. le Préſident Bouhier la premiere ébauche du Traité des Statuts. Ce n'étoient encore, pour ainſi dire, que des matériaux informes; cependant le Magiſtrat conçut une haute idée de ce nouvel Ouvrage, & comme M. Boullenois n'eſt pas toujours de ſon avis ſur des queſtions d'ailleurs fort abſtraites & très-épineuſes, voici ce que luimandoit M. Bouhier, le 13 Avril 1743.

*POur ce qui eſt, Monſieur, de la différence de nos ſentiments ſur quelques queſtions qui concernent la réalité ou la perſonnalité des Coutumes, on n'en ſera point ſurpris, quand on conſidérera combien elles ſont la plupart difficiles & épineuſes, & qu'on réfléchira ſur la diverſité des Arrêts. Mais après tout, quel a été votre but & le mien dans cette diſcuſſion? Ni vous, ni moi nous n'y avons aucun intérêt perſonnel. Nous ne devons chercher en cela que le bien public, & l'on ne ſauroit diſconvenir que le parti qui lui convient le mieux, eſt celui qui tend à diminuer le nombre des procès, & les embarras des partages dans les grandes maiſons. Or on ne ſauroit douter que la perſonnalité des Loix ne procure cet avantage qui eſt un des plus précieux de la ſociété civile. Vous aviez même ſouhaité fort judicieuſement que le ſouverain Légiſlateur s'y portât ſur quelques articles. Vous rendriez donc à la République un grand ſervice, en appuyant ce ſentiment ſur les autres points qui y paroiſſent diſpoſés. Comme je n'ai pas moins reconnu de candeur que de lumieres dans votre Ouvrage, j'eſpere que vous n'aurez pas de peine à vous y porter, & ſuis toujours avec tous les ſentiments les plus diſtingués, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

LE P. BOUHIER.

A Dijon, ce 13 Avril 1743.

M. le Préſident Eſpiard avoit auſſi la plus haute eſtime pour feu M. Boullenois; il admiroit ſes Ouvrages qu'il avoit lus & médités, & plus d'une fois il lui adreſſa des obſervations importantes dont l'Auteur

tira le plus grand parti. Le Magiſtrat avoit grande envie de lire le Traité des Statuts, & voici la tournure qu'il imagina pour que le manuſcrit lui fût communiqué.

MONSIEUR,

*Il y a quelques jours que mon fils le Chanoine, qui eſt à Paris depuis quelques mois, m'a écrit, qu'ayant eu l'honneur de vous voir, vous lui aviez témoigné ſouhaiter, ſi je le voulois bien, me communiquer un manuſcrit de Diſſertations ſur des Queſtions mixtes que vous vous préparez de donner au Public, pour y faire mes obſervations. Je me connois trop bien moi-même pour me croire capable de faire des remarques ſur d'auſſi excellents Ouvrages que ſont ceux qui ſortent de votre plume. Je n'emploie ici que le même terme dont le Sieur Bannelier, l'un des plus ſavants Profeſſeurs de l'Univerſité de Dijon, & également habile Avocat, qualifie votre Traité des diſſertations ſur les Coutumes. Excellent Ouvrage, s'écrie-t-il, à la fin de ſa note ſur la 305 queſt. de Perrier & de Raviot, tom. 1, p. 14, col. 2. Je ne laiſſerai pas de recevoir avec plaiſir votre manuſcrit, plus pour l'admirer & en profiter moi-même, que pour y faire des obſervations dont je préſume d'avance qu'il ne ſera pas beſoin; car il faut avouer que c'eſt à la faveur des lumieres que j'ai puiſées dans votre Traité ſur les Coutumes, que dans un grand procès que quelques-uns de mes parents ont à Mâcon, & qui y doit être jugé bientôt, j'ai ſoutenu dans le Mémoire que j'ai fait pour eux & qui vient d'être ſignifié, que les Coutumes qui reglent l'âge de teſter par rapport aux immeubles, & celles qui concernent la jouiſſance des meubles des enfants accordé aux peres par le Droit écrit & par quelques Coutumes du Royaume, ſont réelles & non pas perſonnelles.*

*Il eſt vrai qu'un grand Magiſtrat, & ſans contredit l'un des plus ſavants du Royaume, à qui j'ai communiqué mes penſées ſur les deux queſtions, s'eſt trouvé d'un ſentiment contraire au mien; il a eu la bonté de m'envoyer les raiſons & les autorités ſur leſquelles il ſe fonde: j'en ai fait autant de mon côté, & nous ne nous ſommes perſuadés, ni l'un, ni l'autre. J'ai pourtant appris que mon ſentiment ſur l'un & l'autre point eſt le plus communément ſuivi à Paris. Comme vous déſirez, à ce que me mande mon fils, m'envoyer une Diſſertation*

*ſur la queſtion concernant la réalité de la Coutume qui regarde la puiſſance paternelle par rapport à la jouiſſance des immeubles qui doit encore être jugée dans notre Parlement après la ſaint Martin prochaine, vous ne ſerez peut-être pas fâché que je vous envoie les autorités que, de part & d'autre, M. le Préſident Bouhier & moi nous avons recueillies; je ne crois pas qu'il nous en ſoit échappé beaucoup.*

*En attendant, Monſieur, je vous prie d'être perſuadé que perſonne n'eſt avec une plus grande eſtime & conſidération que moi, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

ESPIARD.

Cette Lettre eſt du 22 Juillet 1740.

Il lui en écrivit une autre le 12 Août ſuivant, qui eſt trop honorable à la mémoire de M. Boullenois, pour que nous ne l'inſérions pas ici.

MONSIEUR,

*Je me ſuis fait lire, ces jours paſſés, les queſtions manuſcrites que vous m'aviez envoyées: elles ſont toutes des plus difficiles, & de quelque côté qu'on les enviſage, elles préſentent des épines: or c'eſt ce qui fait que je ne m'étonne nullement de la diverſité des ſentiments de ceux qui les traitent. On vous doit cependant la juſtice de dire que de tous les Auteurs qui ont écrit juſqu'à préſent ſur ces matieres, vous êtes le premier qui les ait décidées avec plus de juſteſſe; car pour M. Froland, dont on ne ſauroit trop eſtimer le travail, je ne le regarde que comme un Soleil de Mars qui attire, mais qui ne réſout pas, & qui, comme vous le dites fort bien, ne fait preſque autre choſe que de fournir des armes aux autres pour ſe combattre mutuellement. Votre travail a été plus heureux, & vous apprendrez peut-être avec plaiſir qu'il a déja produit de merveilleux effets dans ce Pays; car il faut l'avouer, avant que j'euſſe lu vos queſtions deuxieme & vingtieme, j'héſitois beaucoup ſur la réalité de la puiſſance paternelle pour les immeubles, & je puis dire que le ſentiment commun des plus habiles gens de la Province, étoit pour la perſonnalité. Vous nous avez deſſillé les yeux, & le Mémoire que j'ai fait ſur cette queſtion, aidé de vos lumieres, a réuſſi juſqu'au point de faire rendre une Sentence*

*qui a décidé pour la réalité ; elle vient d'être rendue il y a quatre ou cinq jours, au Bailliage & Siege Préſidial de Véſoul, où la queſtion a été fort examinée : s'il y en a appel, il y a lieu d'eſpérer que le Parlement la confirmera.*

*L'eſpece étoit telle. Un pere domicilié dans le reſſort du Bailliage de Chaumont en Champagne, où le pere ne fait pas ſiens les fruits des immeubles de ſes enfants, en avoit un qui décéda après ſa mere, jouiſſant de meubles, de rentes conſtituées ſur des particuliers, & d'immeubles ſis au Comté : on a jugé que les meubles & les rentes ſuivoient le domicile de l'enfant qui étoit en Champagne, & qu'à l'égard de la jouiſſance des immeubles ſis au Comté, il falloit ſuivre la ſituation, & on en a adjugé la jouiſſance au pere.*

*Vous voyez par-là que votre ſentiment a prévalu à celui de M. le Préſident Bouhier. J'ai l'honneur d'être, Monſieur, avec le plus ſincere dévouement, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

ESPIARD.

A Beſançon, le 12 Août 1740.

Il paroît que M. le Préſident Eſpiard fut très-content du Traité des Statuts. Voici du moins ce qu'il mandoit à l'Auteur le 7 Août 1741.

MONSIEUR,

*A ſon arrivée à Beſançon, mon fils le Chanoine m'a remis une petite caiſſe que vous lui avez confiée, & qui contient les premieres queſtions de l'Ouvrage important dont vous voulez enrichir le Public. Je m'en ſuis déja fait lire quelques feuilles par un Avocat de mes amis, & capable de juger des Livres de Juriſprudence : il nous a paru que l'Ouvrage eſt rempli de raiſonnements très-ſolides & que vous épuiſez tellement la matiere, que la plus ſûre critique peut à peine trouver de quoi glaner. Nous ne laiſſerons pas cependant de hazarder quelques obſervations : elles ſerviront au moins à vous faire connoître l'attention avec laquelle j'en ai entendu la lecture. Je crois que nous continuerons toujours de même, & j'eſpere que nous ne ſerons pas longtemps à finir nos obſervations. Quand on examine d'auſſi bons Ouvrages que les vôtres, on a peine d'y trouver quelque choſe à changer*

*ou à ajouter, ſur-tout s'agiſſant d'une matiere très-épineuſe & qui juſques-ici n'a pas encore été défrichée, en ſorte que vous pouvez vous appliquer juſtement ce qu'a dit un Ancien de lui-même,* Avia pieridum peragro loca.

*Mais plus les queſtions que vous traitez ſont neuves & importantes, plus auſſi le Public vous doit de reconnoiſſance d'éclaircir des points d'une Juriſprudence ſi abſtraite & cependant ſi néceſſaire.*

*J'ai l'honneur d'être très-parfaitement, Monſieur, votre très-humble & très-obéiſſant ſerviteur,*

ESPIARD.

A Beſançon, le 7 Août 1741.

M. le Préſident Eſpiard ne tarda pas à lui envoyer quelques remarques; mais comme il le dit dans une Lettre du premier Septembre ſuivant, *ces remarques ſont en petit nombre, parce que ce ſont des matieres que M. Boullenois poſſede parfaitement & qu'il a épuiſées... La bonté de l'Ouvrage,* dit-il dans une autre Lettre du 6 Novembre 1741, *ne m'a pas permis d'en faire davantage.*

M. le Préſident Eſpiard & M. le Préſident Bouhier ont donc bien voulu aider de leurs lumieres l'Auteur du Traité des Statuts, & contribuer en quelque ſorte à la bonté de l'Ouvrage. Auſſi pouvons-nous aſſurer qu'il eſt rempli de Diſſertations excellentes, & qu'on y trouvera ſur pluſieurs queſtions très-compliquées & preſque inſolubles, des principes de déciſion qu'on chercheroit inutilement ailleurs.

Et quand nous portons ce jugement, nous ne parlons que d'après les deux grands Magiſtrats dont nous venons de rapporter les Lettres, d'après feu M. Raſſicod qui avoit examiné comme Cenſeur, il y a plus de

quinze ans, le Traité des Statuts, d'après M. Rouſſelet qui l'a lu auſſi en qualité de Cenſeur, & d'après beaucoup d'Avocats célebres du Parlement de Paris, auxquels feu M. Boullenois l'avoit communiqué, & qui tous paroiſſent en attendre l'impreſſion avec beaucoup d'impatience.

Après avoir dit ce que M. Boullenois a fait comme Auteur, & avoir indiqué & non analyſé des Ouvrages qu'on doit lire avec le plus grand ſoin, nous devrions ſans doute donner du moins une notice de ſa vie privée, & peindre en lui le Citoyen & le Chrétien. Ce ſeroit un devoir que nous euſſions rempli avec la ſatisfaction la plus pure; mais M. Boullenois de Villeneuve nous ayant communiqué un précis hiſtorique qu'il a compoſé lui-même de la vie de ſon illuſtre Pere, nous aurions cru manquer au Public, ſi nous ne l'euſſions pas fait imprimer tel qu'il nous a été remis. Heureux les peres qui trouvent dans leurs enfants, des panégyriſtes & des imitateurs de leurs vertus! Plus heureux encore les enfants qui en verſant des larmes ſur la tombe où repoſent des cendres reſpectables, peuvent y graver ſous les yeux du Public le ſouvenir de ces mêmes vertus qu'ils ont droit de célébrer, puiſqu'ils les pratiquent.

# ABRÉGÉ

## *De la Vie de Maître* LOUIS BOULLENOIS, *Avocat.*

NOUS ſommes naturellement portés à nous lier avec ceux pour qui nous avons conçu de l'eſtime ; mais nous ſommes privés de cet avantage, relativement aux grands hommes qui ne ſont plus, & c'eſt ſans doute pour nous indemniſer de cette perte que l'on a écrit la vie de la plupart de ceux qui ſe ſont rendus recommandables. A l'aide des mémoires qui compoſent la vie de ceux qui ſe ſont rendus utiles à leur Patrie, nous faiſons, pour ainſi dire, connoiſſance avec eux dès leur enfance ; nous les ſuivons dans les différents événements de leur vie, & nous ne les quittons point qu'ils n'aient ſubi le ſort commun à l'humanité. C'eſt pour remplir en partie ces vues que nous rapporterons ici quelques traits de la vie de notre Auteur. Quelque abrégés qu'ils ſoient, ils ſuffiront pour donner une idée de la droiture & de la bonté de ſon cœur.

Louis Boullenois naquit à Paris le 14 Septembre 1680. Son Pere, dont il parloit toujours avec la tendreſſe la plus reſpectueuſe, ne pouvant, à raiſon de ſes occupations, élever par lui-même ce fils, confia

le

le ſoin de ſon éducation à M. l'Abbé Magnès, Auteur du *Novitius*. Ce fut au College de Louis-le-Grand & ſous la conduite de cet homme également pieux & éclairé que Louis Boullenois & Jean, ſon frere puîné, firent leur cours d'Humanités. Louis Boullenois ne les eut pas plutôt finies, qu'il s'adonna à l'étude des Loix; mais bientôt croyant ſe ſentir appellé à l'Etat Eccléſiaſtique, il demanda à ſon pere la permiſſion d'entrer à Saint-Magloire. Le pere qui ſentoit combien l'état que ſon fils déſiroit embraſſer, exige de qualités, & qui d'ailleurs le regardoit déja comme devant lui ſuccéder dans ſa charge, n'acquieſça qu'avec peine à ſa demande. Louis Boullenois n'eut pas plutôt obtenu cette permiſſion, qu'il ſe diſpoſa à faire ſon cours de Théologie. Ses progrès juſtifierent ſon choix & tranquilliſerent ſon pere, qui voyoit dans le même temps Jean, ſon ſecond fils, ſe porter avec empreſſement à l'étude du Droit.

Louis Boullenois avoit déja reçu les quatre Mineurs, & ſe diſpoſoit à entrer dans les Ordres ſacrés, lorſque prenant du Sacerdoce des idées plus grandes qu'il n'en avoit encore conçues, il ſentit naître des doutes ſur l'état dans lequel il étoit à la veille de s'engager. Il pouvoit avoir alors vingt-trois à vingt-quatre ans. Jean, ſon frere, à qui il en fit part, profita de cette circonſtance pour quitter l'étude du Droit & remplacer ſon frere dans l'Etat Eccléſiaſtique. Louis Boullenois fit donc ſon Droit, tandis que Jean, ſon frere, ne s'occupant plus que de ce qui avoit trait à

la Théologie, s'adonna à l'intelligence des Peres, étude dans laquelle il a ſi bien réuſſi.

En 1710 ils perdirent leur pere. Il laiſſoit une femme & cinq enfants, dont le plus jeune n'avoit pas encore douze ans. Louis Boullenois, plus au fait des affaires de la famille que perſonne, fut obligé de partager ſon temps entre les ſoins qu'elles exigeoient & les occupations de ſa profeſſion. Ce fut lui qui régla les partages, & l'on peut dire que dans cette occaſion il prit des ſentiments de pere, oubliant ſes propres intérêts pour faire l'avantage de ſes freres & ſœurs. La perte du pere ne fut point une occaſion pour Louis Boullenois de quitter ſa mere. Il continua de demeurer avec elle juſqu'en 1728, année de ſon mariage, adouciſſant par les reſpects & les ſervices qu'il lui rendoit, l'amertume de ſon veuvage. La tendreſſe de ſa mere payoit des ſervices rendus avec tant de zele.

Une ſociété ſi douce ſe maintenoit depuis dix-huit ans; mais cette mere vraiment affectionnée, preſſentit que ſi ſon fils venoit à la perdre, il ne pourroit concilier les occupations de ſa profeſſion avec les ſoins économiques. Elle fut la premiere à l'engager à chercher un établiſſement. Un mariage avantageux, des expectatives de fortune n'étoient pas des moyens aſſez puiſſants pour faire rompre au fils une union que la nature avoit formée, que la tendreſſe & les égards avoient reſſerrée; il lui falloit une femme ſuivant ſon cœur, & c'eſt ce qu'il trouva dans la perſonne

de Charlotte Dubois, fille d'un de ſes anciens Confreres. Une dot modique, mais de la vertu, de la douceur dans le caractere, des graces extérieures furent pour Louis Boullenois un ſurcroît de biens ineſtimables. Les premieres années de ſon mariage, il demeura chez ſon beau-pere, laiſſant avec ſa mere le plus jeune de ſes freres pour lors âgé d'environ trente ans. Louis Boullenois, plus âgé que lui de dix-huit ans, lui avoit tenu lieu de pere, & il eut toute ſa vie occaſion de ſe féliciter des ſoins qu'il avoit pris d'un éleve ſi flexible au bien, ſi ardent pour le travail. Ce fut lui qui le décida à prendre une charge de Subſtitut de M. le Procureur-Général; le Public ſait avec quelle exactitude il en remplit les devoirs.

Le 28 Juin 1733, mourut Marguerite Daniel, ſa mere. Ce fut pour lui une nouvelle occaſion de montrer l'attachement qu'il avoit pour ſa famille dont il fut le défenſeur dans tous les procès qu'elle eut à ſoutenir.

En 1742, Louis Boullenois, excédé depuis longtemps par un travail forcé, prit la réſolution de ſe retirer, ne ſuivant plus le Palais avec la même aſſiduité. Il acquit dans cette vue une maiſon dans un des quartiers de Paris le plus retiré. C'eſt là qu'il a paſſé les vingt dernieres années de ſa vie. Cette eſpece de ſolitude ne fut point pour lui une occaſion d'oiſiveté. Il a fini & corrigé à pluſieurs repriſes l'Ouvrage que l'on donne aujourd'hui au Public. C'eſt le troiſieme qui ſoit ſorti de ſa plume. Plus de dix ans avant ſa mort, il en avoit

obtenu le privilege ; mais moins curieux de l'honneur qu'il auroit pu en retirer de ſon vivant, que de rendre auſſi parfait qu'il lui ſeroit poſſible un Ouvrage qu'il deſtinoit à la poſtérité, il profita de la préſence d'eſprit que Dieu lui a conſervée juſqu'à la fin de ſa vie, pour rendre cet Ouvrage plus complet & plus limé.

Louis Boullenois goutoit depuis environ ſix ans les douceurs d'une vie paiſible & tranquille, ſe délaſſant quelquefois au milieu de ſa famille dans un petit jardin qui faiſoit partie de ſon acquiſition, lorſque la mort vint lui enlever ſon épouſe le 10 Mars 1748.

On ne peut ſe figurer combien cette perte lui fut ſenſible : ſa douleur fut vive, elle fut attendriſſante, elle fut continuelle juſqu'à ſa mort ; mais pere de trois enfants qui lui reſtoient de quatre qu'il avoit eus, ſes ſoins leur devenoient plus néceſſaires.

Sur la fin de Juillet 1762, ( il avoit alors près de quatre-vingt-deux ans ) il ſentit des palpitations de cœur qui déſignoient un embarras dans la circulation.

On lui conſeilla d'aller à la campagne, où revenu de cet état de foibleſſe, il ſe porta très-bien, ce qui donna lieu à ſa famille d'eſpérer de le conſerver encore quelques années.

Revenu à Paris, ſa ſanté ſe maintenoit ; mais le 22 Décembre 1762, il ſe ſentit indiſpoſé en ſe mettant au lit. Il ſe plaignoit d'oppreſſion ſur la poitrine, mais bien moins forte, diſoit-il, que celle qu'il avoit reſſentie dans une maladie très-grave qu'il avoit eue à l'âge de ſoixante-dix-ſept ans. Toute la

nuit l'oppreſſion continua ſans devenir plus forte : il prit même quelque repos.

Comme il étoit âgé, ſon état inquiétoit, mais ne donnoit pas lieu d'appréhender une mort ſi prochaine. Le lendemain il jouiſſoit encore de toute ſa tête, & il fut le premier à engager l'un de ſes fils à faire ſervir le dîner. Dans l'inſtant même on s'apperçut de quelque mouvement extraordinaire. On courut à ſon lit, c'étoit la convulſion de la mort, qui ne dura pas plus d'une minute & demie. Ainſi périt à l'âge de quatre-vingt-deux ans trois mois neuf jours cet homme vraiment Citoyen & qui avoit ſi bien rempli toutes les conditions de la vie.

Je ne puis laiſſer ignorer quelques traits de la vie de Louis Boullenois, qui prouvent qu'il n'étoit pas moins ami généreux que pere tendre & bon époux.

Une perſonne qui lui avoit rendu ſervice dans les premieres années qu'il exerça la profeſſion d'Avocat, en lui donnant des lumieres ſur l'intelligence des Loix, & à qui des revers avoient enlevé la plus grande partie de ſa fortune, étant tombée malade, Louis Boullenois fut le voir. Cet ami le connoiſſoit aſſez pour ne pas faire difficulté de lui ouvrir ſon cœur; peut-être même Louis Boullenois lui en épargna-t-il la peine; car l'amitié eſt ingénieuſe à prévenir les occaſions où elle peut prendre eſſor. Le malade avoua à Louis Boullenois que cette maladie étoit pour lui un contre-temps bien triſte, & qu'il ſe trouvoit dans un très-grand détroit, qu'il n'avoit plus d'autre reſſource que de ven-

dre ſa bibliotheque. Louis Boullenois lui dit, qu'il la prendroit pour le prix de l'eſtimation, & donna un à compte. L'eſtimation fut faite, & le malade étant revenu en ſanté, ſe mettoit en devoir de la faire porter chez ſon ami. Louis Boullenois ne voulut point la recevoir. *En vous obligeant*, lui dit-il, *je n'ai pas prétendu vous ôter la ſeule ſatisfaction qui vous reſte : la propriété m'en appartient ; mais conſervez-en l'uſage pour l'amour de moi.* Cependant il la paya comptant.

Comme on vouloit le porter à vendre un bien dont la valeur étoit beaucoup plus conſidérable que l'intérêt qu'il en retiroit, *C'eſt un bien*, dit-il, *que je tiens de mes peres & que je veux laiſſer à mes enfants. Sa valeur ne peut qu'augmenter ; dans un cas de malheur ils pourroient, en le vendant, rétablir leur fortune. Je conſens volontiers à me priver de l'aiſance que j'en pourrois retirer pour leur ménager cette reſſource.* Trouve-t-on beaucoup de peres qui s'oubliant ainſi eux-mêmes, agiſſent avec cette tendreſſe prévoyante pour leurs enfants ?

Louis Boullenois a ſu porter ce ſentiment plus loin. Ami de la paix, il ne s'eſt pas contenté d'en donner l'exemple à ſes enfants pendant le cours d'une vie aſſez longue ; il ne s'eſt pas contenté de leur recommander que l'union regnât toujours entre eux, lorſqu'il ne ſeroit plus ; jaloux de conſerver toujours dans ſa famille un bien ſi précieux, ſes entrailles paternelles lui ont ſuggéré les moyens d'y préſider, pour ainſi dire, en perſonne lors même que la pouſ-

ſiere auroit recouvert ſon tombeau. Il a voulu, par une diſpoſition de ſon teſtament, qu'il fût diſtrait de ſa ſucceſſion un fonds dont le produit ſeroit employé par l'aîné de ſes fils à aſſembler deux fois l'année chez lui & non ailleurs, ſes autres enfants & petits-enfants pour y prendre un repas frugal dont aucun ne pourroit ſe diſpenſer que pour cauſe légitime; & dans le cas où par méſintelligence quelqu'un d'eux refuſeroit de s'y trouver, il preſcrit à ſes autres enfants ce qu'ils auront à faire pour le ramener & lui prouver, au nom de toute la famille, la tendreſſe qu'ils lui portent.

C'eſt ainſi que cherchant les moyens d'entretenir la paix dans ſa famille, & prévenant les occaſions qui pourroient altérer l'union qui doit regner entre des cœurs faits pour s'aimer, il a fondé, pour ainſi dire, des autels aux vertus qui regnoient dans ſon cœur.

Il nous reſte auſſi un monument de ſa tendreſſe maritale. C'eſt une Epitaphe qu'il fit lui-même lors de la mort de ſon épouſe, & qu'il a ordonné que l'on mît vis-à-vis du caveau où il eſt enterré avec elle dans le Chœur des RR. PP. Carmes de la Place Maubert. L'on y voit un homme qui ſe rappellant l'union qui a regné entre lui & ſon épouſe, déſire que ſes cendres ſoient réunies à celles d'une perſonne qui lui fut ſi chere, & qu'alors ſes ſouhaits ſeront remplis.

CI GISSENT
CHARLOTTE DUBOIS, décédée le 10 Mars 1748,
& LOUIS BOULLENOIS, Avocat au Parlement,
ſon mari, décédé le 23 Décembre 1762.

*Vota mariti ſuperſtitis.*

*In tumulo placidè requieſcit amabilis uxor;*
*Junxit amor mentes, corpora jungat humus.*

*Vir ex tumulo.*

*Ceſſant jam mea vota, ſimul requieſcimus ambo;*
*Nunc cinis unus erit, quod fuit una caro.*

# PRÉFACE.

LEs queſtions que nous appellons communément au Palais queſtions mixtes, ne doivent point être confondues avec les actions appellées en Juriſprudence, actions mixtes.

Dans la Juriſprudence Romaine, les actions où les deux parties ſont également demandeurs, ſont des actions mixtes, *mixtæ ſunt actiones in quibus uterque actor eſt :* telles ſont les actions en bornage, celles en partage de ſucceſſions, celles en partage de choſes communes, *utpote finium regundorum, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, &c. L.* 37, §. *uni ff. de oblig. & action.*

On appelle encore en Droit actions mixtes, celles où l'on pourſuit, & la choſe, & la perſonne, *rem & præſtationes perſonales.*

Dans notre Juriſprudence Françoiſe, les actions mixtes ſont aſſez volontiers de ce dernier genre : nous reconnoiſſons des actions perſonnelles & réelles tout à la fois ; de ſorte qu'elles participent à deux différentes natures : telles ſont les actions perſonnelles & hypothécaires, dont Meſſieurs des Requêtes du Palais & de l'Hôtel, connoiſſent, à raiſon du concours de la perſonnalité avec la réalité.

Toutes nos actions mixtes ou non mixtes, peuvent donner lieu à des queſtions mixtes, non pas qu'il s'agiſſe dans ces queſtions de ſavoir ſi les parties ſont également demandeurs, ou encore ſi l'une d'elles pourſuit, & la perſonne, & la choſe; mais elles ſont ainſi appellées, parce que les faits qui y donnent lieu, étant ſous des Loix différentes & oppoſées, ces queſtions ſe trouvent mêlées & embarraſſées dans le concours de ces Loix, & leur déciſion ſemble dépendre autant de l'une comme de l'autre; ce qui excite dans le Juriſconſulte un combat intérieur, & une indéciſion délibérée ſur le choix qu'il doit faire de l'une plutôt que de l'autre.

Ainſi ces queſtions mixtes naiſſent du concours des Loix & des Coutumes, qui ſe heurtent & ſe contrarient les unes les autres.

Delà ces conteſtations fréquentes & ces procès embarraſſés & équivoques, qui troublent notablement la ſociété, & qui gênent ce commerce indiſpenſable entre les hommes, en le rendant preſque toujours litigieux.

Il ne s'agit pas ſimplement, dans ces queſtions, de décider d'une diſpoſition de Coutume, de concilier un Juriſconſulte avec un Juriſconſulte, & quelquefois avec lui-même, de pénétrer l'eſprit d'un contrat, d'interpréter la volonté d'un teſtateur, & de régler les intérêts de quelques particuliers : nos queſtions mixtes ont des objets bien ſupérieurs & d'une bien plus grande importance : il s'agit de concilier des Loix ennemies, de prévenir les procès qu'elles font naître, ou de les terminer, & de mettre la paix où elles ne peuvent apporter que la guerre.

Les différentes Nations & les différents Etats, les

Provinces même d'un ſeul Royaume ont des Loix, des Coutumes, des Uſages & une Juriſprudence différente. Ce qui eſt permis dans un endroit, eſt défendu dans un autre : ici les Loix me donnent un héritage, là elles m'en privent ; ici elles me donnent un droit & une action, & là elles m'ôtent le droit & l'action, ou pour les éteindre entiérement, ou pour en gratifier un autre.

L'homme d'ailleurs contracte dans différents Pays, & ſouvent il change de domicile ; ces contrats & ces changements de domicile, occaſionnent encore des conteſtations ſans nombre, par la différence des Loix. (1)

Cependant toutes ces Loix, ces différentes Coutumes ſont également ſouveraines ; (2) elles ordonnent & elles veulent qu'on leur obéiſſe : mais comment le Juriſconſulte ſe comportera-t-il dans cette contradiction preſque continuelle ? Plus il reſpectera l'autorité des Loix, & plus il craindra de les offenſer ; mais en même-temps, plus ſa perplexité ſera grande. S'il défere à l'une, il ſe rend prévaricateur envers les autres ; il obéit d'une part, & déſobéit de l'autre.

Il faut donc que le Juriſconſulte trouve des regles & des principes, pour fixer l'obéiſſance que cette contrariété de Loix peut juridiquement exiger ; il faut que ce Juriſconſulte ſache l'étendue, l'uſage & l'autorité de chacune d'elles, qu'il prenne un parti de regle & de

(1) *Quod licet hîc, alibi licitum Lex lata negabit.*
*Quodque meum eſt, alibi non ſinit eſſe meum.*
*Migramus, ſedeſque recens mutata prioris*
*Jus negat, & lites parturit ipſe locus.*
Voët, de Statut.

(2) En fait d'Etats & de Coutumes, ils ſont à parti pareil.
*Coquille, quæſt.* 188.

raiſon entre des Loix ſi oppoſées, qu'il conſerve leur autorité, & que, néanmoins, par des tempéraments ſages, il les faſſe céder les unes aux autres, ſelon les circonſtances, & c'eſt le véritable point de la difficulté.

On ne peut révoquer en doute la variété & la contrariété des Loix que les différentes Nations, les Provinces même d'un Royaume, & les ſimples Villes, ont admiſes pour leur plus grand avantage.

Joſeph l'Hiſtorien nous aſſure qu'il n'y a aucune Nation qui, dans toute ſon étendue, ſuive perpétuellement les mêmes Loix, & que ſouvent d'une Ville à l'autre, il s'y fait des changements. (1) Mais ſans être obligé de parcourir le monde entier, on peut aſſez conjecturer par toutes les Loix que nous connoiſſons de nos Voiſins, ſans ſortir de la France, ſans même ſortir de chez ſoi, par celles qui regnent parmi nous, (2) qu'il faut néceſſairement que cette variété ſurpaſſe tout ce qu'on en pourroit remarquer dans de continuelles lectures, & dans le courant d'une longue vie.

En effet, renfermons-nous dans les Loix du Royaume. Ne ſait-on pas que la France eſt régie, partie par le Droit Romain, & partie par les Coutumes? Dans les différentes Provinces qui ſuivent le Droit Romain, n'eſt-il pas certain que ſur les mêmes queſtions, elles n'ont pas les mêmes déciſions? Enfin,

---

(1) *Nam moribus nulla gens eiſdem utitur perpetuo, ſed oppidatim fere in his fit mutatio.* Liv. 16, antiq. cap. 10.

(2) » Les Coutumes ſont ſi diverſes, que l'on ne pourroit pas trouver ou » Royaume de France deus Chatelleries, qui de tout cas uſant d'une » même Coutume ». *Prologue des anciennes Coutumes & uſage de Beauvoiſis.*

quant aux pays régis par le Droit coutumier, non-seulement ils ont des Coutumes très-opposées, mais dans l'étendue même d'une seule Coutume, combien d'usages locaux & de Coutumes particulieres ?

Défunt M. Louis Froland, l'un de nos Confreres, ancien Bâtonnier de l'Ordre, nous a donné des Mémoires concernant la nature & la qualité des Statuts. Il a employé le chapitre premier de son Ouvrage, à nous mettre, comme en perspective, cette grande variété de Loix. Quand vous sortez de la lecture de ce chapitre, vous croyez avoir voyagé par toute la France, & vous restez comme en admiration, de voir regner encore tant d'ordre & tant d'union entre des Sujets & des Compatriotes qui, dans un concours si général & si perpétuel des Loix opposées, ont tant d'occasions de se diviser & de se ruiner les uns les autres.

M. Polet, Conseiller au Parlement de Flandre, observe dans la Préface de ses Arrêts, que, quoique cette Province soit d'une petite étendue, il n'y en a pourtant gueres dans le Royaume, où il y ait une si grande multiplicité de Loix. Non-seulement chaque Ville a sa coutume, mais la plupart des Bourgs, & même plusieurs Villages ont encore la leur particuliere. C'est ce que Gérard Corselius, (1) & Rodenburgh, remarquent pareillement : c'est aussi ce que nous assure Gottlieb Gerhard Titius, dans son traité *de Conflictu Statutorum*, quant à l'Allemagne, (2) & nous

(1) *Belgica ut urbium numero, ita & morum, jurisque dissimilitudine cæteras omnes gentes superare videri potest.* In præmio Burgund. ad consuetud. Flandr.

(2) *Germania varietas Legum cessare nequit, cùm ex multis illa componatur civitatibus quorum singula potestate legislatoriâ gaudent.*

l'éprouvons en France, où certaines Villes ſont gouvernées par une Coutume, la banlieue par une autre, & quelquefois les Fauxbourgs; en ſorte que l'on peut dire avec vérité, que l'on ne ſauroit faire un pas, que l'on ne trouve des Coutumes, des Uſages & une Juriſprudence oppoſée.

Je me ſuis étonné pluſieurs fois de cette grande variété & de cette contrariété des Loix qui régiſſent les Nations. Les Loix doivent être non-ſeulement claires, ſans ambiguité & ſans contradictions; non-ſeulement elles doivent être juſtes, équitables, mais encore elles ne doivent preſcrire & ordonner que ce qui eſt utile, convenable, & tendant au bien général. (1) Mais les deux contraires peuvent-ils être tels? (2) C'eſt ce qui paroît d'abord répugner à l'eſprit humain, & ce qui, au premier aſpect, devroit apporter une grande confuſion dans cette ſocieté univerſelle, dans cette conſanguinité même (3) que Dieu a établie parmi toutes les créatures intelligentes.

L'homme, dans le principe, n'avoit d'autre Loi que la Loi naturelle; (4) elle lui ſuffiſoit; Dieu l'avoit

---

(1) Puffendorf, des devoirs de l'homme & du Citoyen, *liv.* 2, *chap.* 11, §. 5.

*Lex eſt ordinatio rationis ad commune bonum, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.* S. Thom. 1, 2, queſt. 90, a. 4.

(2) *Ratio enim juſta in duobus contrariis eſſe nequit.* Schotan. diſp. 8, n. 2.

(3) *Cùm inter nos cognationem quandam natura conſtituit.* L. 3, ff. de juſt. & jure.

*Homo homini cognatus jure naturæ*, diſent nos Auteurs.

(4) *Ea Lex non ſcribitur, ſed innaſcitur, ..... in ſingulis exprimitur & ingeniis humanis hauritur.* S. Amb. epiſt. 41.

*Eſt enim hæc non ſcripta, ſed nata Lex quam non didicimus, accepimus, legimus; verum ex natura ipſa arripuimus, hauſimus, expreſſimus, ad quam non docti, ſed facti, non inſtituti, ſed imbuti ſumus.* Cicer. pro Milone.

*Hanc video ſapientiſſimorum fuiſſe ſententiam Legem neque hominum inge-*

écrite dans ſon cœur; elle lui faiſoit connoître ce qu'il devoit faire & ce qu'il devoit éviter, & il ne ſentoit au-dedans de lui-même aucune contradiction: mais l'homme s'eſt écarté de cette Loi, & ſes deſcendants ont corrompu de plus en plus leurs voies, & ils ſe ſont livrés à toutes les paſſions qui les déchirent aujourd'hui, & telle eſt la cauſe de ce grand nombre de Loix qui les accablent. (1)

Ce ſont en effet les différentes paſſions qui troublent cette paix & cette union ſi néceſſaires & ſi indiſpenſables entre les hommes. Que les paſſions ſe taiſent, que l'homme ne conſulte dans ſes actions, que la pure raiſon primitive qui l'éclaire, & nous verrons ceſſer la néceſſité de tant de Loix: (2) c'eſt ce qui a fait dire à nos Auteurs, que les bonnes Loix viennent ordinairement des mauvaiſes mœurs, & que les Nations où il y a beaucoup de Loix, ſont celles où regnent beaucoup de vices; comme celles où il y a beaucoup de Médecins, ſont celles où il y a beau-

---

*niis excogitatum, neque ſcitum aliquod eſſe populorum, ſed æternum quiddam quod univerſum mundum regeret, imperandi prohibendique ſapientiâ.* Cicer. liv. 2, de legib.

*Ite ipſi in veſtræ penetralia mentis, & intùs*
*Inciſos apices, & ſcripta volumina mentis*
*Inſpicite, & genitam vobiſcum agnoſcite Legem.*
S. Proſper. *Opuſculo de providentia Dei.*

(1) *Da cives optimos, nullis opus erit legibus.* Obzcektus, cap. 18, n. ult. de principiis Juris.

(2) Nous liſons dans les Actes des Apôtres, qu'une multitude conſidérable de peuples ayant reçu l'Evangile, il n'y avoit entre eux qu'un cœur & qu'une ame, & que nul ne conſidéroit ce qu'il poſſédoit, comme étant à lui en particulier, mais toutes choſes leur étoient communes. *Erat cor unum & anima una, nec quiſquam eorum qui poſſidebat aliquid, ſuum eſſe dicebat, ſed erant illis omnia communia.*

S. Auguſtin, en ſon traité, *de moribus eccl. cath. chap.* 30, attribue ces

coup de maladies. (1) J'ajouterai même que telle eſt la malignité de l'homme : il corrompt les meilleures choſes, & les Loix les plus ſages lui ſervent ſouvent de prétexte pour imaginer de nouvelles injuſtices. (2) Heureuſe eſt la Nation dont on peut dire, *plus ibi valent boni mores, quàm alibi bonæ leges.*

Mais ces déſordres de l'eſprit & du cœur, varient ſelon les climats. Quelle eſt la Nation qui n'ait pas les ſiens particuliers? Souvent même d'une Province à l'autre, les vices ne ſe reſſemblent plus : quelle en peut être la cauſe ? Eſt-ce la différente température de l'air? Eſt-ce la corruption de nos peres qui paſſe dans les enfants, y fermente & s'accroît dans leurs deſcendants? C'eſt ce que je laiſſe à la diſcuſſion des Philoſophes, en les exhortant à ſe concilier avec les principes de la Religion & de la Morale. Mais du moins eſt-il certain que les différentes affections du cœur & de l'eſprit, influent ſur le commerce civil, & ſur la maniere de ſe gouverner & de régir ſes affaires, (3) & dès lors tous les hommes peuvent-ils être régis par

---

merveilleux effets aux maximes de notre Religion qui eſt tout amour, & dit, que ce ſont ces maximes ſaintes qui uniſſent les Citoyens avec les Citoyens, les Peuples avec les Peuples, & généralement les hommes avec les hommes, non-ſeulement par une ſociété naturelle, mais par une eſpece de fraternité, en mémoire des premiers peres dont ils ſont deſcendus.

(1) *Bonæ Leges ex malis moribus proficiſcuntur, & ubi multæ Leges, ibi regnare & multa vitia.*

*Leges quid aliud ſunt quàm remedia vitiorum ?* Burg. in Prol.

*Lex juſto non eſt poſita.* 14. ad Timot. 19.

*Jura inventa metu injuſti fateare neceſſe eſt.* Horat. Sat. 3, lib. 1.

(2) *Lis genuit Leges, Legum lis filia.* Ovenne. Epig. lib. 2, 60.

(3) *Homines ſeptentrionales interno calore flagrantes ſiti magis urgentur, & ad pocula proniores ſunt, & ideo totâ Flandriâ frigori expoſitâ, & commercio addictâ ſancitum fuit, ut ab obligationibus in taberna potoria inter pocula celebratis, alterutro contrahentium poſtridie ante meridiem recedere liceat, nemles*

les mêmes Loix? (1) Seroit-il ſage que des Nations, dont les unes ont pour habitants des gens vifs & impatients, & qui ne font leurs affaires qu'en courant,

---

*pe ut candida, & innocens ebrietas captionibus & inſidiis eximatur.* Burg. ad conſ. Flandriæ, in prol.

*Mores hominum, velut plantæ, ad regionis habitum reſpondere ſolent.* Paneg. Aurel. à Pirrho Englebermo.

Si la Coutume doit être interprétée par elle-même ou par le Droit Romain, ce qui dépend d'un plus haut diſcours; ſavoir, des mœurs des Nations, de la forme de leur gouvernement, du but de leurs Loix & autres circonſtances univerſelles qui nous conduiſent par une entreſuite de cauſes ſubalternes à la connoiſſance des raiſons ſpéciales de chacun article en particulier, comme, par exemple, ſi on déſire entendre pourquoi la Loi Grecque puniſſant plus le dol que la force, la Romaine, au contraire, eſt plus rigoureuſe au dol; il faut recourir à l'inſtinct des deux peuples, qui provient, ſelon Hipocrate, de l'aſſiette diverſe des Provinces, égalité ou mutation fréquente des ſaiſons en icelles, & on trouvera que le Grec étoit plus ſubtil qu'arrogant, & au contraire, que le Romain avoit beaucoup plus d'audace que de cautele, ce qui a dû rendre leurs Loix différentes en cet article. *M. Marion, Plaidoyer 7.*

*Boetum in craſſo jurares aere natum.* Hor. lib. 2, Ep. 1ª.

Des ſiecles, des pays étudiez les mœurs;
Les climats font ſouvent les diverſes humeurs.
*Boileau, Art Poët. chant 3, v. 113.*

Un bel eſprit de nos jours, bon Philoſophe, mais très-mauvais Théologien, a rendu, comme Philoſophe, toutes ſes penſées d'une maniere fort énergique. Suivant les Loix de la nature, (dit-il) l'homme végete: il tient du climat où il vit, comme du pere d'où il eſt ſorti, tous les éléments dominent cette foible machine; elle ne penſe pas dans un terrein humide & lourd, comme dans un air pur & ſec, à jeun comme l'eſtomac plein. *La Métrie, Médecin en Pruſſe, mort en Décembre 1751, Anti-Seneque ou le ſouverain bien.*

*Qui ad venas pervenit aer, confert ad ventriculos ingreſſus & ad cerebrum, atque ſic ſapientiam & motum exhibet.* Hypocrat. de morbo ſacro 8.

*Inclinatio cœli ad vitia plurimum valet; ut cuique regioni ſua rerum facies & ingenium, ita & gentium vitia & mores ſunt.* Burg. in prol.

(1) *Debent Leges accommodari ad rempublicam, non reſpublica ad Leges; unde exactis Romæ regibus, exactæ Leges regiæ.* Zypæus, de Juriſd. Eccl. & civili, tom. 2, lib. 3, cap. 1, n. 13.

*Ut nec omnibus pedibus idem calceus, ita nec omni univerſitati eadem jura congruunt.* Mævius ad Jus Lubecenſe, quæſt. 1ª, 26.

& pour ainſi dire à la volée, & les autres, des gens tranquilles & pacifiques, qui les font avec maturité & réflexion; les uns ſobres & tempérants, qui ne concluent rien qu'à jeun, & les autres adonnés au vin, & qui ne finiſſent rien qu'à table; les uns laborieux, économes & attachés à leur famille, (1) & les autres pareſſeux, & n'aimant qu'eux-mêmes; (2) les uns ſimples & crédules, les autres intéreſſés, cautéleux & trompeurs? (3) Seroit-il ſage, diſons-nous, que des hommes ſi variés par les vertus & par les vices, n'euſſent cependant que les mêmes Loix pour les conduire?

Ajoutons à ces premieres conſidérations, que les ſeuls intérêts généraux & politiques des Nations, ne permettent pas même qu'elles uſent des mêmes Loix.

Il eſt des Nations & des Etats qui, par la ſituation de leur pays, & le caractere de ceux dont ils ſont voiſins, ſont preſque toujours en paix, pendant que d'autres ſont preſque toujours en guerre, & ne peuvent ſe conſerver & ſe maintenir, qu'en entretenant une diviſion plus ou moins ouverte avec leurs voiſins.

Cette différente ſituation des pays ne demande-t-elle point encore des Loix différentes? Une Nation toujours ſous les armes, n'a-t-elle pas intérêt, que parmi la Nobleſſe, (4) il y en ait qui ſoient aiſés & qui puiſſent

---

(1) *Sunt qui mercaturæ ſtudia commendent, ſunt qui poſteritati & familiis conſulant.* Burg. loc. ſupra cit.

(2) *Cretenſes, ventres pigri.* Epiſt. 1ª. ad Titum, v. 12.

(3) *Græci omnes vias pecuniæ norunt, & omnia, pecuniæ cauſâ, faciunt..... ſunt fallaces ut plurimi & leves..... Græcorum ingenia ad fallendum parata.* Cic. Epiſt. ad Quintum fratrem, 1ª & 2ª, lib. 1º.

(4) *Status nobilitatis per minutilas partes non conſervaretur; addo hoc utile in locis limitrophis, ut ſint qui poſſint tuitionem locorum ſuſcipere.* Carol. Mol.

ſoutenir les dépenſes que la guerre entraîne toujours avec elle, & qu'il y en ait d'autres qui, n'étant pas ſi favoriſés de la fortune, cherchent dans leur courage & dans les grandes actions, le moyen de s'avancer; & delà les prérogatives que certaines Nations, certaines Provinces accordent aux aînés nobles ſur leurs cadets, aux mâles ſur les femelles, dans le partage & dans la diſtribution des biens de la famille? Au contraire, chez une Nation toujours en paix au-dedans comme au-dehors, n'eſt-il pas plus convenable d'écouter la voix du ſang, & d'admettre une ſorte d'égalité dans leurs partages?

Si le génie des Nations, ſi leurs mœurs & leurs intérêts ſont ſi différents, il eſt donc néceſſaire qu'elles aient des Loix qui leur ſoient aſſorties. (1)

---

art. 239 de la coutume du Maine. Cette même raiſon eſt donnée au procès-verbal de la Coutume de Coucy, *art.* 5, 6, 7, 8, & eſt répétée par Julien Brodeau, *art* 59 *de la Coutume de Ribemont.*

Un Gentilhomme veut perpétuer ſon nom, dit le Préſ. Henault; il doit, ſuivant ce préjugé, tranſmettre ſans partage, tous ſes biens à ſon aîné. Un Commerçant, dont la paſſion eſt l'étendue du commerce & l'accroiſſement des biens dans ſa famille, doit au contraire partager entre ſes enfants, les richeſſes qu'il a acquiſes, pour que chacun d'eux ſoit en état de le repréſenter, & pour pouvoir multiplier par eux, ſes talents & ſon crédit. La Coutume de Normandie eſt néceſſaire dans les vues du premier, & la Loi & la Coutume doivent faire un partage égal dans la famille du ſecond. *Abrégé chronologique de l'Hiſtoire de France, remarques particulieres à la fin du regne de Louis XIV.*

*Sic etiam in propoſito jus patriæ defuncti trahet ad ſe bona quæ ſita ſunt in peregrino ſolo, ſive ea ſint mobilia ſive immobilia, atque adeo in omnibus bonis & ſuccedetur jure patriæ ſuæ.... Jus itaque Auſtriæ trahet ad ſe alia bona mobilia & immobilia, & ita jus Florentiæ trahet ad ſe prædia quæ ſunt extra Florentiæ territorium.* Cujas, Conſ. 25. Bachov. ad trent. diſp. 1ª. ch. 10, litt. E.

(1) *Cur enim per univerſos populos diverſa & varia jura ſunt condita, niſi quod unaquæque gens idem ſibi ſanxit quod putavit rebus ſuis utile.* Lact. de Leg. civil. lib. 6°. divin. inſtit. cap. 9.

La Juſtice éternelle & immuable n'a-t-elle pas établi elle-même des pratiques différentes, ſuivant le changement des temps & ſuivant les différentes Nations? Ce qui eſt juſte ne change pas; mais les pratiques & les Loix pour la conduite des Peuples, peuvent varier *pro regionibus & diebus.* Ces Loix ſont donc bonnes; elles ſont ſages & juſtes, conſidérées dans ce point de vue, quelque oppoſées & contraires qu'elles ſoient les unes aux autres. (1)

C'eſt ainſi qu'encore que tous les êtres qui rempliſſent ce vaſte univers, ne ſoient pas de la même bonté, ni également parfaits; cependant ils forment un tout d'une économie ſurprenante & d'une merveilleuſe beauté. (2) Auſſi voyons-nous que, nonobſtant cette variété & cette oppoſition de Loix, chaque

---

*Æquitas mutatur pro locorum ratione ſicut videmus non quodlibet in terra ſemen tam feliciter provenire.*

M. le P. Henault a renfermé en quelques lignes ce que l'on peut dire là-deſſus. Les Coutumes ſe ſont introduites ſuivant la nature de chaque pays & les mœurs de ſes Habitants. On ne vit pas à Dunkerque comme à Toulouſe, à Marſeille comme à Paris, en Normandie comme à Saint-Malo.... Dans l'idée de faire des Loix uniformes, quelle regle pourroit-on ſe preſcrire?.... *Lex eſt commune præceptum*, il eſt vrai, mais ce n'eſt pas pour les hommes en général, ni même pour chaque profeſſion, mais pour chaque Province en particulier qui, par ſa nature & ſa poſition, a choiſi de temps immémorial, une maniere de vivre qui lui fût propre, & que l'on appelle *Coutume*, qui eſt devenue une Loi par l'approbation du Souverain. Prenons-y garde, les hommes ſe ſont fait les premieres Loix, &c. *Abrégé chronologique de l'Hiſtoire de France, remarq. partic. à la fin du regne de Louis XIV.*

*S. Auguſtin lib. 30, conf. ch. 7.*

(1) *Jus armata ratio eſt, & licet rationem abſcondat, tamen habet.* Mævius in Jus Lubec. quæſt. 1ª. Prælim. n. 63.

(2) *Omnia creata nec ſummè; nec æqualiter, nec incommutabiliter bona, ſed tamen bona etiam ſingula, ſimul verò univerſa valdè bona, quia ex omnibus conſtitit univerſitatis admirabilis pulchritudo.* S. Auguſtin. Enchir. ad Laurent. de fide, ſpe & charitate.

Nation ſe ſoutient par les ſiennes propres, & que toutes enſemble, elles s'entr'aident quelquefois, & s'entre-ſervent les unes aux autres. (1)

Dans le diſcours que j'ai mis à la tête de mes Diſſertations, ſur des queſtions qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes, j'ai cru que dans un même Royaume, & entre perſonnes ſoumiſes à la même domination, il ſeroit facile de prévenir cette grande multiplicité de Loix, & ces conteſtations ſans nombre qui en naiſſent, en réglant, par exemple, uniformément les formalités des teſtaments, celle des retraits lignagers. J'ai cru même qu'on pourroit étendre ſes vues juſqu'aux ſucceſſions, en déterminant qu'elles ſeroient réglées par les Loix des domiciles des défunts, encore que leurs biens fuſſent répandus dans différentes Provinces.

On ne peut pas douter qu'un Souverain ne puiſſe ſoumettre & aſſujettir tous ſes Sujets à des Loix uniformes. Il y a bien des ſiecles que l'on deſire cette uniformité; mais cela ne ſe peut faire que ſucceſſivement.

Déja l'Ordonnance de 1731 a établi une même Loi par rapport aux donations entre vifs; celle du mois d'Août 1735 a fait la même choſe pour les teſtaments, & celle de 1747 vient de fixer un droit certain & univerſel, dans une matiere toute conjecturale & toute arbitraire : je veux parler des ſubſtitutions.

---

(1) *Cogitet qui Flander eſt quod Legibus ſuis ſteterit, florueritque Brabania, & Brabantus quod jus patrium non tantùm incolumem reddiderit Flandriam, ſed etiam celebrem.* Joan. Ant. Knobbaer ad Jus Gand. ob. 1ª. in fine.

Il en peut être de même de plusieurs autres matieres litigieuses, & que l'on peut ramener à l'uniformité, sans trop déranger les usages des Provinces.

Mais, quant aux successions, il n'est pas si facile de couper à cet égard, la racine aux contestations. Les Peuples regardent les partages & la distribution que les Loix font des biens dans les successions, comme un droit formé & immuable, qui fait le soutien des familles. Ils sont élevés dans ces maximes, & fondent de longue main sur leur immutabilité, l'arrangement de leurs affaires, & même l'établissement de leurs enfants. En disposer autrement, ce seroit enlever des espérances fondées & légitimes, & leur faire perdre en quelque sorte, leur bien & leur patrimoine. Il est certain néanmoins qu'on préviendroit bien des procès, si, comme je l'ai exposé dans la Préface de mes Dissertations sur la contrariété des Loix, toute succession d'un défunt étoit réglée par son domicile.

Ce que je proposai pour lors comme une Loi à faire, & qui seroit utile, je l'ai trouvé depuis dans M. Cujas, (1) & dans plusieurs autres, qui le donnent comme un droit formé & une jurisprudence certaine.

Christineus observe que la Ville d'Ypres a un privilege particulier, qui est que tous les biens d'un Citoyen d'Ypres, demeurant même, ou mourant ailleurs, doivent être partagés dans sa succession, selon les Loix & les usages de cette Ville, en quelque endroit que les biens soient situés, pourvu que ce

(1) *Sic etiam in proposito jus patriæ defuncti, trahet ad se bona quæ sita sunt in peregrino solo.*

ſoit dans l'étendue du Comté de Flandres. (1) C'eſt ce qui juſtifie, qu'en faiſant céder dans les ſucceſſions, la Loi de la ſituation à celle du domicile, les différentes Coutumes auroient alternativement la préférence, à raiſon du domicile, & cette Loi n'auroit rien de répugnant en ſoi. On ſent même aſſez le bien qu'elle pourroit procurer.

Je remarque dans la ſociété civile, que les hommes ſont affectés de certaines qualités, dont les unes ſont plus ordinaires & plus univerſelles que les autres, & qui, en même-temps, font naître de plus fréquentes conteſtations.

Ces qualités ſont celles de mineurs & de majeurs, celles de conjoints & celles de pere.

Que l'on regle quelle doit être la Loi d'où ſe prendra la majorité ou la minorité des enfants. On ne doute point que ce ne ſoit la Loi du domicile du pere ; mais ſera-ce celle du domicile au jour du mariage ? ſera-ce celle au jour de la naiſſance du premier de ſes enfants ? ou ſera-ce celle de la naiſſance de chacun d'eux ? L'aîné ſera-t-il mineur, parce que ſon pere demeuroit à Paris, & le puîné majeur, parce que ſon pere étoit domicilié en Normandie ? ou enfin, cet état de majeur ou de mineur variera-t-il ſuivant les variations de domicile ; de ſorte que, par un changement de domicile, le pere puiſſe d'un majeur faire un mineur, & d'un mineur faire un majeur.

(1) *Cùm civitas Yprenſis habeat peculiare privilegium quo omnia bona civis Yprenſis etiam alibi habitantis ac alibi mortui, debent inter hæredes dividi ſecundùm ſtatuta & conſuetudines Yprenſes, non autem ſecundùm ſtatuta locorum ubi bona ſita ſunt, etiamſi in loco ſituationis bonorum contraria foret conſuetudo, dummodo ſita ſint in comitatu Flandriæ.*

Que l'on décide enſuite ſi, pour diſpoſer des biens, il ne faudra jamais ſuivre que la Loi de la ſituation, ou s'il eſt des cas, & quels ils peuvent être, où la Loi du domicile doit l'emporter ſur la Loi de la ſituation.

Que l'on regle encore ſi les Loix qui permettent ou qui défendent de teſter & de diſpoſer à cauſe de mort, ſont purement perſonnelles ; s'il faut les aſſimiler aux Statuts de la majorité, ou de la minorité, pour en ſuivre les regles & les principes, ou ſi elles ſont pures réelles, pour ne ſuivre que la Loi de la ſituation, ou enfin, ſi elles ſont tout à la fois perſonnelles réelles ; perſonnelles, pour ne tenir que de la Loi du domicile, le droit foncier de teſter, ou la privation de ce droit ; & réelles, pour n'en point étendre le droit à des biens ſitués dans des Coutumes qui ne s'accordent pas.

Qu'à l'égard des conjoints, après avoir confirmé la Juriſprudence actuelle qui veut, lorſqu'ils n'en ont pas diſpoſé autrement, qu'ils ſoient réglés plutôt par la Loi du domicile du mari, au jour du mariage, que par toute autre Loi ; que pour lors l'on décide ſi leur état ſera immuable, ou ſujet à variation, ſuivant qu'ils changeront de domicile ; ſi ces conjoints pourront, ou ne pourront entr'eux agir que conformément à cette premiere Loi matrimoniale, ou ſi ce ſera conformément à la Loi de leur domicile nouveau.

Quant à l'état & à la qualité de pere, que l'on regle d'où ſe prendront les droits de la puiſſance paternelle ; ſi ce ſera du domicile matrimonial, ſi ce ſera du domicile au jour de la naiſſance de chacun des enfants, ou enfin, ſi ce ſera de la Loi de la ſituation des biens,

biens, ſi ces droits pourront ſe perdre ou s'acquérir par un changement de domicile.

Pour régler ces choſes, ne croira-t-on pas néceſſaire de diſtinguer les droits réels de la puiſſance paternelle, d'avec les droits perſonnels? Les uns & les autres ſeront-ils régis par une même Loi, ou les perſonnels par la Loi qui régit la perſonne, & les réels par la Loi de la ſituation des biens? & chemin faiſant, ne faudroit-il pas encore régler beaucoup de ces queſtions, que les Gardes-Nobles ou Bourgeoiſes font naître tous les jours?

Enfin, que l'on détermine l'effet des excluſions coutumieres des filles, quant aux ſucceſſions de leur pere & mere, & collateraux, lorſqu'elles ont été mariées, ſans être dotées; & toutes ces choſes étant réglées, nous verrons ceſſer le nombre des procès; les Sujets ſeront plus tranquilles, & leur fortune moins expoſée.

Mais quand nous jouirions dans le Royaume de cette uniformité de Loix, ce qui certainement ſeroit un grand avantage, & peut-être le ſeul que des Sujets ſoumis au même Souverain, pourroient eſpérer dans l'adminiſtration de la Juſtice, avantage qui eſt encore loin de nous, il reſteroit toujours une contrariété de Loix entre les différentes Nations; & l'homme, qui eſt dans un perpétuel commerce avec le monde entier, ſe trouveroit encore vexé par cette contrariété.

On ſent aſſez que c'eſt un mal qu'il n'eſt pas poſſible de guérir entiérement. Comment, en effet, eſpérer que les Nations conviennent jamais entr'elles de principes qui ſeroient comme autant d'articles de

concordats invariables & perpétuels, qui décideroient généralement nos queſtions mixtes, & qui, entre un aſſez grand nombre de différentes Loix, aſſureroient à chacune d'elles, ſuivant les circonſtances, un droit de préférence mutuel & réciproque ?

Il regnera donc toujours entre les Nations, une contrariété perpétuelle de Loix ; peut-être regnera-t-elle perpétuellement entre nous ſur bien des objets.

Delà la néceſſité de s'inſtruire des regles & des principes qui peuvent nous conduire dans la déciſion des queſtions que cette variété peut faire naître.

Il n'eſt pas aiſé, j'en conviens, de faire des Loix, & de preſcrire des regles de Juriſprudence. Il n'y en a aucune qui ne puiſſe ſouffrir quelque atteinte, (1) par des exceptions néceſſaires, & quelquefois très-multipliées, & c'eſt principalement dans la concurrence de nos différentes Coutumes, que cette difficulté ſe fait ſentir. Elles ſont ſouvent ſi oppoſées entr'elles ; quelques-unes même ſont ſi ſingulieres & ſi bizarres, qu'on ne pourroit trouver aucune conciliation, ſi l'on n'admettoit des exceptions, & le malheur eſt dans cette matiere, que les exceptions qui, dans tout autre geure, deviennent elles-mêmes d'autres principes, ne ſont ici que de vraies exceptions bornées & limitées à quelques cas particuliers.

Il ne faut donc pas ſe flatter de jamais aſſeoir des principes dont on puiſſe toujours tirer les mêmes conſéquences, & faire la même application, parce qu'il eſt contre toute prudence, de croire qu'on aura

(1) *Omnis definitio in jure vericuloſa eſt, parum eſt enim ut non ſubverti poſſit.* L. 202, ff. de reg. jur.

prévu les différentes combinaiſons des Coutumes, & tous les cas où elles peuvent s'entre-choquer. (1) Il eſt vrai que les principes dont on conviendroit, auroient leur uſage, non-ſeulement dans les affaires dont les circonſtances ſe rencontrent plus ordinairement, mais encore dans celles dont les circonſtances, quoique plus ſingulieres, ne ſeroient pas aſſez conſidérables, pour que l'on s'écartât des principes reçus. Car enfin, il ne faut pas s'imaginer (2) que l'on puiſſe & que l'on doive faire des Loix pour chaque affaire particuliere. Il faut pourtant convenir qu'il pourroit ſurvenir des eſpeces ſi extraordinaires, par le choc & la rencontre de certaines diſpoſitions de Coutumes, que les principes les mieux concertés, ſeroient inſuffiſants, & que, pour les décider, il faudroit recourir encore à l'autorité de la Légiſlation. (3)

Les Loix du Souverain des Légiſlateurs, ſont fondées ſur la vérité & la juſtice; elles ſont l'ouvrage d'une intelligence ſuprême : l'économie en eſt admirable, le plan en eſt parfaitement lié; nulle contrariété, rien qui ne ſoit digne de tous nos reſpects, & qui ne puiſſe procurer le bonheur & l'avantage de tous les hommes du monde entier. Mais les Loix des hommes partent d'une intelligence finie & téné-

(1) *Non poſſunt omnes articuli ſigillatim, aut Legibus, aut Senatuſ-conſultis comprehendi, ſed cum in aliqua cauſa, ſententia eorum manifeſta eſt, is qui juriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere atque ita jus dicere debet.* L. 10, 11, 12, 13. de Legib.

(2) *Ex his quæ forte uno aliquo caſu accidere poſſunt, jura non conſtituuntur.* L. 4, §. 5, ff. de Legib.

(3) *Quas non ſine novi legiſlatoris authoritate, in ſupremis poſiti ſubſelliis facile ſuperarent.* Voet. de ſtat. in præf.

breuſe ; leur ſageſſe n'eſt qu'imperfection, & les meilleures Loix ſont celles où il ſe trouve moins de défauts.

Il ne faut donc pas exiger une concordance entiere & générale entr'elles ; trop heureux encore de les allier enſemble, ſans qu'il en réſulte des injuſtices marquées.

Cependant il eſt néceſſaire dans l'adminiſtration de la juſtice, d'admettre des principes qu'il faille communément ſuivre, & dont on ne doive pas légérement s'écarter, (1) parce que ſans cela la juſtice deviendroit arbitraire ; les hommes n'auroient aucune regle qu'ils puſſent conſulter, & n'y ayant pas un principe certain de déciſion, ils ſeroient invités (2) à ſe vexer les uns les autres, & le Juriſconſulte ne ſe décideroit qu'au hazard & par prévention.

Le ſeul expédient que j'ai pu imaginer dans une matiere auſſi compliquée, eſt de fixer des principes qui ſoient propres à décider le plus grand nombre de nos queſtions mixtes, & le plus à l'avantage du bien général ; car voilà le véritable objet des Loix : mais il ne faudroit pas toujours en tirer des concluſions rigides, & d'une exacte Logique ; cette matiere n'en eſt pas abſolument ſuſceptible ; (3) encore faudra-t-il un

(1) *Non ſunt judicandæ Leges cum inſtitutæ ſunt, ſed ſecundùm eas judicandum.* Mol. de feud. Lib. 1er art. 37, Gloſſ. 1a. n. 3, Edit. 1681.

(2) *Poteſtas dabitur peccandi dum intelligent Judices non ex Lege in quam jurati ſunt, ſed ex arbitrio judicare.* Cic. de invent.

Voyez M. Bouhier en ſa Coutume de Bourgogne, *pag.* 193, *n.* 47. où il fait voir combien il eſt dangereux de préférer l'équité naturelle à la civile.

Voyez encore Me Ch. Dumolin, §. 51, *nov. conſuet. n.* 47, ſur l'équité imaginaire & réelle.

(3) L'Oiſeau, en ſon Traité des Offices, *Lib.* 1er. *avant-prop. n.* 4. & *Lib* 4,

grand uſage du Barreau, pour faire une juſte application des maximes qui auront été convenues. En général, la Science des Loix eſt de peu d'utilité, quand elle eſt ſans expérience; (1) mais, dans une matiere ſi épineuſe, avec de la ſcience & de l'expérience, on reſtera encore incertain & indécis ſur bien des queſtions.

On voit delà combien grandes doivent être les lumieres, la ſageſſe & l'attention du Juriſconſulte, quand il s'agit de prendre ſon parti ſur des queſtions ſi embarraſſées. Mais ce ſont ces difficultés même qui relevent la dignité de ſes fonctions, & qui font connoître combien l'étude où l'on peut apprendre à régler ces conteſtations importantes, eſt noble & né-

---

*ch. 6*, à l'occaſion de la différente nature des offices, & la difficulté d'en régler le droit par raiſon, obſerve, d'après Plutarque, que, lorſqu'il fut queſtion de faire une coëffe à la Lune, il ne ſe trouva pas d'ouvrier qui voulût entreprendre de la tailler, parce que la Lune change journellement de forme. Cependant, dit-il, comme la coëffe de la Lune ſe pourroit imaginer en la taillant de telle ſorte qu'elle pût ſe reſerrer par plis, & à meſure que la Lune croîtroit ou décroîtroit, parce qu'il faut que tout l'habit s'accommode au corps, auſſi le droit des offices doit être adopté & accommodé aux mœurs & uſages journaliers du Peuple.

J'en dis de même de nos queſtions mixtes: il y a une ſi grande variété de Loix oppoſées & contraires; les circonſtances ſont ſi changeantes, les faits ſi ſinguliers, & les eſpeces à décider ſouvent ſi irrégulieres & ſi bizarres, par la bizarrerie même des Coutumes, que de vouloir régler ces queſtions par les mêmes principes, cela eſt comme impoſſible: il faut ſe contenter de ceux qui peuvent le mieux convenir à nos mœurs, & qui ſont les plus propres à décider les affaires journalieres, avec le moins d'injuſtice.

(1) *Juris ſcientia parum proficit niſi bene & frequenter applicetur.... Leges in ſcholis diglutiuntur, ſed in palatiis digeruntur.* Mol. de feud. tit. 1°. art. 1°.

*Qui ſolâ juris cognitione præſtant ſine uſu & exercitatione in cauſis dicendis, nihilo plus proficiunt quàm ſi quis nunquam mare ingreſſus, & omnia tamen quæ ad navigationem pertinent, libris, aut peritorum colloquiis edoctus, navem vaſto & turbato mari regere aggrediretur.* Herad. juridic. Liv. 2, cap. 24, n. 3.

ceſſaire. Les principes les plus univerſellement connus & les plus unanimement adoptés, ſont, 1°. que les Loix qui fixent, reglent & déterminent l'état & la condition d'une perſonne, ſont des Loix perſonnelles; que ces Loix n'affectent que le domicilié, & qu'il porte par-tout l'état & la condition dont il eſt affecté par la Loi de ſon domicile, & cela, non pas à la vérité de droit, mais par une néceſſité de bien public, & une déférence de convenance & d'utilité.

2°. C'eſt un autre principe que les Loix, qui n'ont pour objet que de régler les biens, ſont des Loix réelles; que ces Loix régiſſent & reglent l'uſage que l'homme peut faire de ces mêmes biens, en déterminent le ſort & la deſtination, & qu'à cet égard ces Loix ſont renfermées dans leur territoire, & n'ont point de force & d'autorité au-delà.

Mais venons à l'application de ces principes: les Loix, diſons-nous, qui reglent l'état & la condition de l'homme, ſe portent par-tout.

De ce principe, dont tout le monde convient, ſi nous paſſons à l'application, nous verrons au premier pas, les Auteurs diviſés.

Demandons à Rodenburgh, ſi l'homme mineur par état de 25 ans, dans la Coutume de ſon domicile, pourra vendre & aliéner ſes biens ſitués dans une Coutume, où la majorité eſt acquiſe à 20 ans. Il répondra qu'il ne le peut, parce que l'homme eſt par-tout de l'état & de la condition dont il eſt par la Loi de ſon domicile, & qu'ainſi il eſt mineur par-tout.

On lui oppoſera le ſecond principe, qui eſt que les Loix des lieux où les biens ſont ſitués, & qui

les régiſſent, n'exigent que 20 ans, & il répondra que ce principe eſt excellent, quand il n'eſt queſtion que des biens, abſtraction faite de l'état & de la condition de la perſonne; mais que, quand il s'agit du pouvoir d'uſer de ſes biens par la ſuite & la dépendance ſeule de l'état & de la condition de la perſonne, il ne faut conſulter que la Loi qui regle cet état & cette condition.

Interrogeons préſentement Burgundus ſur la même queſtion, il avouera qu'il adopte le premier principe; l'état & la condition de la perſonne, ne dépendent que de la Loi du domicile, & cet état & cette condition ſe portent par-tout, & néanmoins il décidera que celui qui eſt mineur par la Loi de ſon domicile, pourra diſpoſer de ſes biens ſitués dans toute autre Coutume, pourvu qu'il ait l'âge qu'elle requiert pour les vendre & en diſpoſer.

Si on lui oppoſe que, ſuivant le principe auquel il ſouſcrit, la perſonne dont il s'agit eſt déclarée mineure par la Loi de ſon domicile, & que les Loix qui décident de l'état de la perſonne, ſe portent par-tout, même dans les endroits où l'état & la condition des perſonnes ſeroient réglés différemment, ſa réponſe eſt prompte. Ce principe, dira-t-il, n'a lieu que par rapport aux actions perſonnelles qui peuvent réſulter, contre un mineur, de la diſpoſition & aliénation de ſes biens. Ses actions ſeront nulles & ſans effet, ſi, par exemple, la vente ou l'aliénation faite par ce mineur, occaſionnoit contre lui quelque retour de garantie, mais ce principe ne ſeroit pas écouté par rapport à la vente en elle-même, qui eſt bonne, puiſqu'elle eſt permiſe par la Loi de la ſituation.

A l'égard du ſecond principe, qui veut que les Loix qui n'ont pour objet que de régler les biens, ſoient des Loix réelles ; que ces Loix régiſſent à la vérité les biens qui ſont ſitués dans l'étendue de leur territoire ; mais qu'elles n'ont point lieu au-delà, tout le monde en convient encore ; mais il s'agit de décider ſi un tel Statut eſt réel ou perſonnel, pour lors nos Auteurs ſe diviſent : par exemple, preſque tous veulent qu'une fille mariée dans une Coutume, & exclue de toute ſucceſſion par la ſeule maritation, ne le ſoit pas dans les autres Coutumes qui ne portent pas la même excluſion, parce que cette Loi d'excluſion n'a pour objet que les biens, & eſt renfermée par conſéquent dans le territoire de la Loi qui la prononce, ſi ce n'eſt qu'à cette excluſion légale, la fille mariée y ajoute une convention expreſſe, portant renonciation à toute ſucceſſion.

Mais pluſieurs autres, dont M. le P. Bouhier a embraſſé le parti, répondront que cette fille eſt exclue partout, parce que l'excluſion prononcée par la Loi du domicile, eſt de la nature des Statuts, qui fixent & déterminent l'état & la condition des perſonnes, c'eſt-à-dire leur capacité ou incapacité perſonnelle ; & ſi on oppoſe que ce Statut ne dirige que les biens, & ne donne qu'une incapacité pure réelle ; & que, par le ſecond principe, ce Statut doit être renfermé dans ſon territoire, ils repliqueront qu'une ſucceſſion eſt un droit incorporel & indiviſible ; que tout Statut qui concerne des droits de cette nature, ſont des Statuts perſonnels, & que, par le premier principe, les Statuts perſonnels ſe portent pat-tout.

Je viens de prononcer un grand nom : on ſait le rang que

que tenoit parmi les Savants M. le P. Bouhier. Ce Magiſtrat, outre de vaſtes connoiſſances, étoit encore un excellent Juriſconſulte ; il nous a donné en 1742 le premier Volume de ſon Commentaire ſur la Coutume de Bourgogne, en attendant, m'a-t-il mandé, le ſecond, ſi ſa ſanté pouvoit le lui permettre ; il a tenu parole autant qu'il a été en lui. Ce ſecond Volume a paru en 1756, & il a été imprimé en partie ſous ſes yeux & de ſon vivant. Pourquoi faut-il que la mort nous ait enlevé un Magiſtrat ſi précieux ?

Le premier Volume que j'ai lu avec plus d'attention, eſt d'une érudition profonde ; l'Auteur a recherché nos Loix, nos Uſages, notre Juriſprudence dans les ſources les plus réelles, les plus ſures & les plus ſaines.

L'Ouvrage que je donne aujourd'hui étoit achevé, & j'avois même fait quelques démarches pour avoir un Cenſeur, lorſque ce premier Volume parut. On juge aſſez par le mérite de l'Auteur quel dut être mon empreſſement à conſulter ce Commentaire ; je trouvai que nos queſtions mixtes y étoient agitées avec une netteté & un ordre dont cette matiere n'eſt pas aiſément ſuſceptible. Je ne me contentai pas ſeulement de le lire, je le dévorai, ſi j'oſe ainſi parler, & j'eus la ſatisfaction de voir qu'en quantité de choſes je me trouvois d'accord avec les principes qui y ſont expoſés. Voici en quoi nous nous diviſons.

M. le P. Bouhier a parfaitement connu la néceſſité de déférer à la variété des Coutumes, & il l'a fait en bien des occaſions ; mais il a enviſagé que cette variété donnoit lieu tous les jours à des procès dans les familles, & il a ramené autant qu'il a pu ſes déciſions à

une même Loi, & cette Loi eſt celle du domicile. Il a cru par ce tempérament couper la racine aux procès & aux diviſions. A ces traits je reconnois & le Citoyen & le Magiſtrat ; mais je répondrai à cela comme le Juriſconſulte Javolenus : ce que vous propoſez ne manque pas de raiſons ; il eſt ſage, mais il n'eſt pas de nos mœurs. Je ſouſcris volontiers à tout ce qui peut procurer le bien public ; une même Loi dans toute l'étendue de la France a toujours fait le vœu des gens de bien ; mais obligé par mon état de me renfermer dans les Loix telles qu'elles puiſſent être, dans les choſes jugées & dans les déciſions les plus ſuivies & les plus conformes à la matiere & aux principes qui ont eu cours juſqu'à préſent, j'ai conſidéré que l'autorité ſouveraine n'étoit pas encore intervenue ; qu'il faudroit qu'elle preſcrivît des regles nouvelles en abrogeant les anciennes, & j'en ſuis reſté à de ſimples vœux. Je laiſſe à la vérité par mon plan ſubſiſter la variété des Loix ; mais j'obéis & je me conforme non-ſeulement aux principes actuellement ſubſiſtants parmi nous, mais même à ceux admis communément dans toute l'Europe, enſorte qu'avec mon ſyſtême, je puis la parcourir toute entiere ; au lieu qu'il faut que je me renferme dans la France, ſi j'en adopte d'autres que je ne pourrois même adopter qu'en prévenant l'autorité du Légiſlateur qui n'a pas encore parlé, & qui eſt cependant la regle de nos poſſeſſions. (1)

---

(1) *Unde quiſque poſſidet quod poſſidet, nonne jure humano....? jure humano dicit, hæc villa mea eſt, hæc domus, hic ſervus meus ; jure ergo humano, jure Imperatorum..... Per Imperatores & Reges ſæculi Deus diſtribuit juri humano..... Secundùm ipſius (Imperatoris) poſſideo terram..... Per jura Regum poſſidentur poſſeſſiones.* S. Aug. in Joan. Evan. cap. 1°. tract. 6. in fine.

Cette partie de notre Juriſprudence eſt difficile, mais elle eſt belle, (1) & elle m'a toujours flatté : auſſi je m'y ſuis adonné (2) avec d'autant plus de plaiſir & de raiſon, que j'ai cru devoir travailler ſur une matiere peu connue & néanmoins ſi néceſſaire à ſavoir, plutôt que de rebattre des matieres cent fois traitées & cent fois approfondies par nos Auteurs.

Il eſt vrai qu'il en coute des veilles & du travail ; la ſanté même en ſouffre quelquefois ; mais il faut s'oublier ſoi-même & être toujours frappé du dire de cet Ancien que Pomponius nous a conſervé dans la Loi 20, *ff. de fideicom. libert. & ſi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiſcere.*

J'avouerai que j'en dois l'étude à défunt M. Froland ; il y avoit long-temps que dans notre Bibliotheque il n'apportoit que des queſtions mixtes. Il en parloit avec tant de facilité, & il diſoit des choſes ſi utiles, que, pour en mieux profiter, je me mis à en faire une étude particuliere. Mais combien ne trouvai-je pas de difficultés en mon chemin, & combien le choc de différentes Loix n'excita-t-il pas d'incertitudes dans mon eſprit ; Je recourois à mes livres ; mais nos Auteurs ſont ſi partagés, qu'ils ſe combattent les uns les autres.

J'écoutois M. Froland & ceux de nos Confreres qui s'expliquoient ſur ces queſtions : ce qu'ils diſoient pour lors a été rédigé depuis en forme de conſultations inſérées à la ſuite de celles de M. Dupleſſis. Mais l'examen de quelques queſtions particulieres ne

(1) *Pulchra quæ difficilia.*

(2) *Spartam nactus es, hanc exorna.*

fixoit pas assez mes idées, & ne me traçoit pas une route suivie de principes qui fussent capables de lever mes doutes. Je continuai donc d'étudier; je cherchai d'abord les principes généraux, l'usage & l'application que l'on en faisoit plus communément; je descendis ensuite aux principes particuliers & aux dérogations nécessaires; je me représentai toutes les différentes Loix qui regnent parmi les Nations, comme des Maîtres & des Souverains dont je ne devois pas blesser l'autorité; mais aussi je considérai le monde entier comme une grande République où il falloit mettre la paix & la bonne intelligence, & ce n'étoit pas une petite entreprise. On jugera si par mon Ouvrage j'en suis venu à bout.

Pendant que j'étudiois ainsi, M. Froland travailloit sans doute aux Mémoires sur les Statuts qu'il s'étoit engagé de donner au Public; il les avoit annoncés dans les Journaux, bien des années auparavant; je ne sais ce qui en retarda l'édition, mais je m'ennuyai d'attendre, & en 1727 je traçai dans ma question 6 des démissions de biens, les principes les plus universellement adoptés, & j'en dis assez alors pour mettre en état de résoudre une assez grande quantité de ces questions qui se rencontrent le plus ordinairement.

Par cette diligence innocente, je fendois la glace; & M. Froland vouloit la fendre le premier: j'emploie ses expressions. (1) Il y a paru sensible, en me reprochant de lui avoir fait un petit larcin: petit larcin

(1) *Pag.* 19 *de sa Préf. du Tome premier de ses Mémoires concernant la nature & qualité des Statuts en* 1729.

qui n'eſt autre que l'honneur de la primauté qu'il ambitionnoit & qu'il croyoit que je lui enlevois.

Ce que j'expoſai pour lors ne demandoit que d'être plus étendu & d'en appliquer les principes à des eſpeces particulieres pour en faire connoître l'uſage & l'utilité. C'eſt ce que j'ai fait dans les diſſertations que j'ai données depuis ſur des queſtions qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes. Je n'y traite que vingt-une queſtions principales, & c'eſt en les agitant que j'ai fait un uſage aſſez ample de tout ce que je n'avois fait que tracer précédemment; mais j'ai cru devoir creuſer encore davantage, ſoit pour découvrir ſi, dans une matiere ſi importante, & d'ailleurs ſi abſtraite, il ne ſeroit pas poſſible de trouver une voie de conciliation ſimple & certaine, ſoit du moins pour mettre dans tout leur jour les principes reçus juſqu'à préſent.

Pour cela, après avoir lu tous les Traités que j'ai pu rencontrer ſur la matiere, & tout ce que nos Auteurs avoient écrit, (1) ſoit dans des diſſertations expreſſes,

---

(1) Me Ch. Dumolin, *C. de ſumm. Trinit. concluſ. de Stat. & Conſ.* 53.
Dargentré, *ſur Bretag. art.* 218, 6.
Burgundus, *ad Conſuet. Flandriæ.*
Hertius, *de colliſione Legum.*
Maſcardus, *de gener. Statut. interpret. concl.* 6 & 7.
Mævius, *in Jus Lubecenſe, quæſt. prælim.*
Voët, *de Statutis eorumque concurſu.*
Rodenburgh. *de Jure conjugum.*
Chalines, *Méthode pour l'intelligence des Coutumes.*
M. Froland, *Mémoires concernants les Statuts.*
Joan. Andr. Vander Muelen, *deciſ. Brabant. ſuper famoſiſſ. quæſt.*
Gaïl, *Pract. obſerv.*
Stockmans, *deciſ. Brab.*
Chriſtinæus, *deciſ. pract. quæſt.*
Everard, *conſ.* 78.
Peckius, *de Jure conjugum, &c.*

ſoit incidemment à d'autres queſtions, je me ſuis enfin arrêté à Rodenburgh qui a traité cette matiere avec aſſez d'étendue, en qui j'ai trouvé une heureuſe liaiſon de principes, de l'ordre & de la netteté, & qui a raiſonné très-conſéquemment.

Cet Auteur a fait un Traité intitulé *de Jure conjugum ;* & pour ne pas toujours répéter les principes qui doivent ſervir à décider les queſtions mixtes qu'il prévoyoit pouvoir ſe rencontrer dans le courant de ſon Ouvrage, il a mis à la tête un petit Traité du Droit qui naît du conflit & de la contrariété des Statuts & des Coutumes.

C'eſt ce Traité préliminaire que j'ai traduit, perſuadé que la matiere difficile par elle-même, le deviendroit moins dans la Langue vulgaire, & qu'étant à la portée de tout le monde, on ſeroit invité à en faire une étude particuliere. D'ailleurs l'Auteur m'a paru dire de ſi excellentes choſes, que j'ai voulu comme le naturaliſer, en faiſant l'application de ſes principes à nos Loix & à nos Coutumes. Une ſimple traduction eût été trop ſeche, & n'auroit pas produit tout l'avantage qu'on peut tirer du Livre qui eſt très-bon.

J'aurois fort ſouhaité être inſtruit plus particuliérement des actions de ce ſavant Homme, & pouvoir rendre dans notre Nation ſon nom auſſi célebre qu'il eſt ſans doute dans toute la Hollande. Mais je ne puis le connoître que par ſes Ecrits qui m'annoncent qu'il étoit Conſeiller du Conſeil ſouverain d'Utrecht. Le *Chapitre II du titre 2, n°. 5, & le Chapitre IV du même titre, n°. 6 de ſon Traité préliminaire* dont je donne aujourd'hui la traduction, m'apprennent qu'il travailloit au Traité *de Jure conjugum* en 1651. Je

ne connois que trois éditions de ce Traité, ſavoir, celle de l'année 1643, *in*-4°, à Utrecht, qui eſt probablement la premiere; la ſeconde eſt de 1676, à Utrecht, *in*-12; & la troiſieme eſt de 1693, à Cologne, *in*-4°. Ce qu'il y a de remarquable dans la premiere édition, eſt qu'il s'étoit gliſſé quantité de fautes qui, lors de la correction des épreuves, étoient échappées à l'Auteur. Mais dans l'édition même il les a réformées par un avertiſſement qu'il a mis à la tête de ſon Ouvrage, & l'on voit qu'il y a ajouté des lignes entieres dont l'omiſſion altéroit le ſens, ou en diminuoit la force & la clarté. Les corrections ont été dans les éditions ſuivantes, placées dans le corps même de ſon Ouvrage. Il y a dans la premiere édition une Epître adreſſée aux Préſidents & Conſeillers de la Cour ſouveraine d'Utrecht, où il fait l'éloge de quantité de Juriſconſultes de la Province. L'Ouvrage finit par un engagement que contracte l'Auteur en cas que ſa ſanté le lui permette, & que ſon Traité ſoit bien reçu, qui eſt d'agiter plus amplement ce qui regarde les conventions matrimoniales en général, & les queſtions qui peuvent tomber ſur les ſéparations de biens entre mari & femme. Mais il y a grande apparence qu'il n'a pu remplir ſon engagement; car Lipenius, dans ſa Bibliotheque juridique, n'indique de cet Auteur d'autre Traité que celui *de Jure conjugum*. Au ſurplus ſon Ouvrage eſt généralement eſtimé, puiſqu'il eſt par-tout.

Dans la vue de me rendre utile à mes Lecteurs, je n'ai point héſité de réformer dans le préſent Ouvrage tout ce que j'ai remarqué dans mes diſſertations précédentes de peu exact & même de fautif; &

pourquoi rougirois-je de ce dont nos plus grands Juriſconſultes n'ont point rougi? Quel eſt l'homme qui ne bronche pas? Le Juriſconſulte Scevola n'a-t-il pas varié dans quelques-unes de ſes déciſions? Papinien, le grand Papinien n'a-t-il pas auſſi changé d'avis? Il avoit pendant quelque temps adopté une certaine déciſion, & il ne s'eſt pas fait une peine d'embraſſer la déciſion contraire de Sabinus, (1) d'où M. Cujas prend occaſion (2) d'inviter tous les Juriſconſultes de ſon temps à ſuivre l'exemple d'un ſi grand Maître; & dans un autre endroit (3) il dit qu'il ſe ſouvient que le Juriſconſulte Julianus avoit auſſi varié quelquefois, & il ajoute qu'il n'y a que les opiniâtres & les ignorants qui ne ſe réforment pas, ce qui revient à la penſée de S. Auguſtin. (4) Un homme, dit ce Pere, s'aime contre toute raiſon, lorſque pour ne pas faire connoître qu'il s'eſt trompé, il préfere de laiſſer les autres dans l'erreur où il les a jettés lui-même.

Ce que je vous préſente aujourd'hui n'eſt plus à moi; il appartient à quiconque jugera à propos de s'en ſervir, & je ſouhaite de tout mon cœur qu'il puiſſe y trouver les éclairciſſements dont il aura beſoin. L'hom-

---

(1) *Nobis aliquando placebat, ſed in contrarium me vocat Sabini Sententia.* 1. 6. ff. de ſerv. Export. §. 1°.

(2) *Utinam qui hoc tempore jus noſtrum interpretantur, Papinianum imitati, quæ falſo vel inepte aliquando & ſenſerint & ſcripſerint, ingenue retractent nec in eis, contra quam reſciverint, tam obſtinato tamque obfirmato animo, uti faciunt, perſeverent.* Obſ. liv. 2. cap. 37, & lib. 4, cap. 1.

(3) *Et memini quoque Julianum variaſſe alicubi & ſæpe variant docti, non variant vero refractarii & ineruditi.* Lib. 1. quæſt. 1. 17. dexport.

(4) *Nimis perverse ſe ipſum amat, qui & alios vult errare, ut ſuus error lateat.* Ep. 143. alias 7.

me

me ne doit pas penſer pour ſoi ſeul : (1) il eſt de la juſtice d'aimer le bien & l'avantage de nos Concitoyens ; & ſi cela étoit poſſible, nous devrions encore tendre à procurer celui de tous les hommes enſemble. (2) J'ai déja la ſatisfaction de voir que mes queſtions ſur les démiſſions de biens, ont preſque de mot à mot été tranſcrites dans les Livres compoſés pour les Notaires, pour les Procureurs, pour les Praticiens. L'Auteur ſe les eſt appropriés ; je ne ſuis pas jaloux qu'on ſe faſſe honneur de mon travail ; mes vœux ſont également remplis, puiſque de maniere ou d'autre le Public peut en recevoir de l'utilité.

On trouvera peut-être que ſur certaines queſtions, j'ai cité trop d'autorités & que je les ai citées trop au long. Je conviens que nos anciens Juriſconſultes Romains n'étoient pas dans l'uſage de citer beaucoup. Papinien ne citoit jamais, & ſuivant M. Cujas, (3) c'étoit une marque d'une grande érudition ; mais ce qui étoit ſéant à ces grands Hommes, à ces Génies ſupérieurs, n'eſt pas ſéant à tout le monde.

Il y a eu un temps où l'on a donné dans tout l'oppoſé. Ceux qui ont écrit ont cru ne pouvoir jamais trop citer : une page fournit à peine une ligne ou deux de l'Auteur, & il faut convenir qu'une érudition ſi affectée rebute. (4)

---

(1) *Deſiderium meum non mihi ſoli æſtuat, ſed uſui vult eſſe fraterna charitas.* Conf. S. Aug. lib. 11, cap. 2, n. 5.

(2) *Impellimur naturâ ut prodeſſe velimus quam plurimis.... Itaque non facile eſt invenire, qui quod ſciat, ipſe non tradat alteri.* Cic. lib. 3. de fin. boni & mali.

*Qui quod novit loquitur, judex juſtitiæ eſt.* Prov. 12, ℣. 17.

(3) In L. *ex his* 54, *de condict. indebiti*, apud Pap. & L. ultim. ff. *de oblig. & act.*

(4) C'eſt ce que M. Caraccioli a remarqué comme moi dans l'averti[illegible]

De nos jours on a, ce ſemble, pris un juſte milieu; nous n'avons plus de Papinien, & nous ne ſommes ni aſſez profonds, ni aſſez téméraires pour croire que ce que nous penſons, puiſſe former des déciſions, & pour nous flatter de pouvoir tout trouver dans notre propre fonds. Nous nous étayons de quelque autorité, mais ſans cette énorme profuſion; & dans l'eſprit ſeulement de faire voir que nous ne ſommes pas ſeuls, & que nous penſons comme pluſieurs Perſonnages graves & éclairés.

Il eſt encore vrai que j'ai rapporté très au long certains endroits de nos Auteurs dont j'ai appuyé mon avis ſur pluſieurs queſtions aſſez importantes; je crois en avoir de bonnes raiſons; il eſt des morceaux d'érudition que l'on ne ſauroit abréger ſans leur faire perdre de leur force : d'ailleurs certains livres ſont aſſez rares, d'autres le ſont moins, mais ne ſont pas entre les mains de tout le monde, & il eſt fort déſagréable de trouver dans un livre que l'on lit actuellement, des difficultés dont la réſolution n'eſt qu'indiquée, & qui eſt renvoyée à un autre que ſouvent l'on n'a pas. (1)

---

ment de ſon Mentor vers la fin, & ce qu'il a exprimé en termes auſſi courts qu'énergiques. » Tous les Ecrivains ne penſent point comme cer- » tains Auteurs Italiens & Allemands, qui n'eſtiment un Livre que lorſ- » qu'il eſt plein de diſſertations & de citations. Auſſi ont-ils coutume de „ ne mettre que cent pages de leur cru dans un *in-fol.* qui en contient » mille.

(1) *Novi etiam quemadmodum ſolent contriſtare lectorem cùm ab eo libro quem gerit in manibus, quando in aliquem nodum quæſtionis inciderit, in alium remittitur, ut ejus ſolutionem requirat, quem fortè non habet; quapropter quæcumque in aliis libris jam diximus, ſi neceſſitas quæſtionum breviter iterare compulerit, ignoſcant ſcientes, ne offendantur neſcientes; ſatius enim eſt offerre habenti quam differre non habentem.* Lib. 2° de Bap. cont. Donatiſt. cap. 1.

Je ne me flatte pas que ces obſervations ſoient également approuvées, & que parmi quelques milliers de queſtions, je ne me ſois pas écarté ſur quelques-unes. Le juſte point de déciſion ne ſe montre pas toujours ; nos queſtions ſont trop compliquées : placées qu'elles ſont entre des Loix qui ſe combattent perpétuellement, & dont l'autorité eſt également reſpectable, elles forment toujours dans l'eſprit une guerre inteſtine que la plus ſérieuſe attention a peine à vaincre, & d'ailleurs tous les hommes ne penſent pas de la même maniere (1). Pline, ce grand Orateur, en étoit bien convaincu, lorſqu'il écrivoit à ſon ami Corneille Tacite en ces termes : j'ai ſouvent plaidé, j'ai ſouvent jugé, & ſouvent encore j'ai été appellé en conſultation, & dans toutes ces différentes fonctions, l'expérience qui eſt un grand maître, m'a fait remarquer que les hommes ſe laiſſent toucher & ſe déterminent les uns par une raiſon & les autres par une autre, & aſſez ſouvent de très-petits moyens font une grande impreſſion. Comme le cerveau des hommes n'eſt pas toujours affecté uniformément, leur cœur a auſſi ſes attraits particuliers ; d'où il arrive que de pluſieurs perſonnes qui aſſiſtent à la plaidoierie d'une cauſe, les uns penſent d'une maniere & les autres d'une autre, ou s'ils ſe réuniſſent & concourent dans un même avis, c'eſt par des motifs différents. (2)

(1) *Nec voto vivitur uno.* Perſ.
*Pro captu lectoris, habent ſua fata libelli.*
*Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis*
*Offendar maculis.....*

(2) *Adjiciam quod me docuit uſus Magiſter egregius, frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in conſilio fui, aliud alios movet, ac plerumque parvæ res maxime trahunt : ut varia ſunt hominum judicia, varia voluntas, inde qui*

L'Empereur Juſtinien lui-même nous aſſure qu'il n'eſt rien parmi les hommes d'aſſez certain, ſi juſte d'ailleurs que la choſe puiſſe être, qui ne ſoit ſuſceptible de quelque doute même inquiétant (1). Cette réflexion a depuis été portée plus loin par un Auteur qui n'a point craint de dire que dans toute la Juriſprudence, il n'eſt rien qui ne puiſſe être attaqué & renverſé par des argumentations, des difficultés, & les différentes opinions des uns & des autres. (2) Si cela eſt, comment me flatterai-je de réunir tous les ſuffrages & de ne pas trouver des contradicteurs? C'eſt le ſort de toutes les productions des hommes: mais enfin on peut ne regarder mon Ouvrage que comme un ſimple eſſai, ou ſi l'on veut encore, comme une ſimple invitation à mes Confreres qui tous ſont plus éclairés que moi, d'exercer leur zele & leur talent ſur une matiere auſſi difficile & auſſi importante; mes fautes même pourront leur en ſervir d'occaſion.

Au ſurplus je n'ai pas traité les queſtions mixtes que les matieres eccléſiaſtiques & criminelles peuvent faire naître, ſi ce ne ſont peut-être quelques-unes dont je n'ai dit que peu de choſes & comme en paſſant. Nos Auteurs agitent néanmoins quantité de ces queſtions; nos Ordonnances en décident un grand nom-

---

*eamdem cauſam ſimul audierunt, ſæpe diverſum, interdum idem, ſed ex diverſis animi motibus ſentiunt.* L. 1°. Epiſt. 20.

(1) *Nihil inter homines ſic eſt indubitatum, ut non poſſit, licet aliquid ſit juſtiſſimum, ſuſcipere quamdam ſollicitam dubitationem.* Nov. 44, cap. 1°, §. 3°.

(2) CŒVALOS *in ſpecul. commun. opinionum contract. quæſt.* 724. *Nihil eſt tutum in noſtra Juriſprudentia campo, quod argumentis & difficultatibus & diverſis opinionibus ſubverti non poſſit.*

bre ; mais elles ſont éparſes & répandues, & il ſeroit utile de les réunir & d'en prévoir d'autres. Je l'avouerai franchement, je ne me ſuis pas trouvé capable d'un travail ſi étendu & ſi univerſel.

Mais je ſais y ſuppléer. J'ai eu deux freres, l'un que j'ai perdu dans les Fêtes de Noël 1757, & que je regretterai toute ma vie, qui, après avoir ſuivi le Barreau, a embraſſé l'état Eccléſiaſtique : l'autre, actuellement vivant, Subſtitut de M. le Procureur-Général depuis un grand nombre d'années : il a entre ſes mains les Mémoires du défunt ; il a les ſiens propres ; s'il vouloit les ouvrir, la moiſſon ſeroit abondante ; je l'invite à venir à mon ſecours, & à enrichir ce Traité. Si mon Ouvrage tel qu'il eſt, peut mériter quelque égard, & être de quelque utilité, je ne ſuis pas de bronze : (1) il eſt conſolant de laiſſer après ſoi des preuves qu'on a vécu utilement pour le Public.

Mais, ſuivant le dire d'un Païen même, (2) les applaudiſſements des hommes ne peuvent être la fin légitime de nos actions, ni la récompenſe que nous en devons attendre ; repoſons-nous uniquement en celui qui eſt le principe & la fin de toutes choſes. (3)

---

(1) *Non ego cùm ſcribo, ſi forte quid aptius exit, laudari metuam : neque enim mihi cornea fibra eſt.*

(2) *Sed recti finemque extremumque eſſe recuſo.*

(3) *Ego primus & ego noviſſimus.* Iſaïe, cap. 44, v. 6.

# TABLE

Des Titres, Chapitres & Obſervations contenus au premier Volume.


PRincipes généraux, *page* 1

TITRE PREMIER.

*Du droit qui naît de la diverſité des Statuts, ou bien du droit qui regle les conjoints entr'eux, & du lieu qu'il faut conſidérer à cet égard.*

CHAPITRE PREMIER.

*Où l'on examine ce que les anciens Auteurs ont penſé ſur les Statuts*, page 12

OBSERVATION I. 15

OBSERVATION II. 16

CHAPITRE II.

*De la diviſion des Statuts, & quels ſont les Statuts perſonnels, quels ſont les réels, & s'il y en a de mixtes*, page 25

OBSERVATION III. 23

OBSERVATION IV. 42

OBSERVATION V. 74

OBSERVATION VI. 122

OBSERVATION VII. 140

OBSERVATION VIII. 141

## CHAPITRE III.

*De l'effet du Statut perſonnel & du Statut réel, & de la raiſon de cet effet... du droit qu'il faut obſerver par rapport aux Loix qui diſpoſent de l'état & de la condition des perſonnes*, page 145

OBSERVATION IX. 150

OBSERVATION X. 152

OBSERVATION XI. 157

OBSERVATION XII. 172

OBSERVATION XIII. 177

OBSERVATION XIV. 195

OBSERVATION XV. 198

---

# TITRE II.

*Du droit qui naît de la diverſité des Statuts lorſqu'il n'y a point de changement de domicile.*

## CHAPITRE PREMIER.

*De la diverſité du droit, quant aux Statuts perſonnels.*

OBSERVATION XVI. page 205

## CHAPITRE II.

*De la diverſité du droit, par rapport aux Statuts purement réels.*

OBSERVATION XVII. page 230

OBSERVATION XVIII. 294

OBSERVATION XIX. 338

OBSERVATION XX. 348

## CHAPITRE III.

*Des Statuts qui impoſent certaines choſes pour les Actes où le miniſtere de l'homme eſt néceſſaire, & cela quant à la ſolemnité.*

OBSERVATION XXI. page 422
OBSERVATION XXII. 434
OBSERVATION XXIII. 446

## CHAPITRE IV.

*De la permiſſion requiſe pour teſter dans la Province d'Utrecht.*

OBSERVATION XXIV. page 600
OBSERVATION XXV. 601
OBSERVATION XXVI. 651

## CHAPITRE V.

*Des Statuts réels qui reglent la ſubſtance de l'acte, ou de la diſpoſition.*

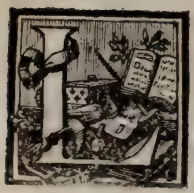
OBSERVATION XXVII. page 695
OBSERVATION XXVIII. 696
OBSERVATION XXIX. 732
OBSERVATION XXX. 818
OBSERVATION XXXI. 876

*Fin de la Table du premier Volume.*

TRAITÉ

# TRAITÉ
## *DE*
# LA PERSONNALITÉ
## *ET*
# DE LA RÉALITÉ DES LOIX,
## *COUTUMES, OU STATUTS,*
Par forme d'Obſervations.

## PRINCIPES GÉNÉRAUX,
### *Sur les Statuts.*



LA Terre eſt diſtribuée en différents Etats & différentes Souverainetés.

Ces Souverainetés & ces Etats ont leurs Loix qui leur ſont particulieres, & ces Loix ſont ſouvent oppoſées les unes aux autres.

Ces Loix ſont faites pour les perſonnes, ou pour les biens que les perſonnes poſſedent.

Les perſonnes, ou ſont domiciliées dans une Souveraineté, ou elles y ont des biens, ou enfin elles ne ſont qu'y ſéjourner pendant quelque temps.

Ces personnes domiciliées, ou non, dans une Souveraineté, contractent des engagements personnels par prêts, par emprunts, &c. & souvent aussi elles vendent leurs biens fonds situés dans un endroit, pour en acquérir situés dans un autre.

Enfin, elles font différents Actes de commerce dans toute l'étendue de la Terre, tantôt avec leurs Concitoyens, plus souvent encore avec des Etrangers, & ces Contrats & Actes de commerce civil font naître des contestations qu'il faut décider en Justice.

## Premier Principe.

Celui, ou ceux qui ont la souveraine autorité, ont seuls droit de faire des Loix, & ces Loix doivent être exécutées dans tous les endroits de la Souveraineté, où elles sont connues en la maniere prescrite.

Cette maxime est aussi ancienne que le monde; & comme en France toute l'autorité est concentrée dans le Roi, la maxime est que le Roi seul peut faire des Ordonnances & des Loix dans le Royaume. *Solus Rex facit Constitutiones, sivè Leges in Regno Franciæ. Styl. Parlam. 4 part. 12^um priv.*

De sorte que la volonté du Roi duement vérifiée & enrégistrée, devient elle-même une Loi, *vox Regis, viva Lex;* ce qui a donné lieu à cette ancienne regle, *que veut le Roi, si veut la Loi.* Loysel, Inst. Cout. tit. 1, regl. 1^re.

Les Rois tiennent de Dieu l'autorité qu'ils ont, *omnis potestas est à Deo.* Cette autorité est indépendante de toute autre Puissance sur la Terre, & c'est une maxime, en France, gravée dans le cœur de tous les bons François, que, *Rex Franciæ neminem recognoscit in temporalibus superiorem. Styl. Parl. 4 part. 1^um privil.* Jesus-Christ lui-même s'est soumis à l'autorité séculiere, & a déclaré publiquement que son Royaume n'est pas de ce monde; maxime sacrée à laquelle on ne sauroit donner atteinte.

Delà il suit que le Roi ne doit compte de l'usage qu'il fait de son autorité, qu'à Dieu seul, parce qu'il n'a que Dieu seul au-dessus de lui. *Omnibus major, solo Deo minor.* Dieu est la premiere majesté, & le Roi est la seconde. En sorte qu'après Dieu on lui doit une obéissance entiere.

Delà il suit encore que rien ne peut dispenser ses Sujets de la fidélité qu'ils lui doivent; elle doit être à toute épreuve:

& quand un Sujet, pour ſauver ſa tête que ſon Roi lui demanderoit même injuſtement, pourroit remuer toutes les Puiſſances du monde; quand il pourroit armer l'Univers entier, il faudroit qu'il la lui apportât, s'il ne pouvoit la ſauver que par la rebellion. Ces conſéquences ſont vraies de toute éternité.

Voici toute l'économie de l'autorité royale. Une Monarchie eſt un corps politique que je compare au corps humain. Dans un corps humain il y a la tête qui commande; il y a les membres qui obéiſſent, & ce compoſé ne forme qu'un tout; c'eſt un ſeul homme. Une Monarchie eſt pareillement un tout politique qui comprend, & le Roi, & ſes Sujets: le Roi, c'eſt la tête; elle regle, elle diſpoſe, elle commande: les membres ſont les Sujets; ils obéiſſent & travaillent pour la conſervation de la tête, & l'amour réciproque identifie, pour ainſi dire, le Prince & les Sujets.

### Second Principe.

Le Souverain a puiſſance & autorité ſur ſes Sujets, & ſur les biens qu'ils poſſedent ſous ſa domination.

Conſéquence du premier principe.

### Troisieme Principe.

C'eſt au Souverain à régler la forme & les ſolemnités des Contrats que ſes Sujets paſſent ſur les Terres de ſa domination; c'eſt à lui de preſcrire les regles de procéder en Juſtice.

### Quatrieme Principe.

Le Souverain a auſſi droit de faire des Loix qui aſſujettiſſent les Etrangers en pluſieurs cas. 1°. Par rapport aux biens, s'ils en poſſedent dans l'étendue de ſa Souveraineté. 2°. Par rapport aux formalités des Contrats, s'ils en paſſent ſur ſes Terres. 3°. Par rapport aux Actes judiciaires, s'ils plaident devant ſes Juges. *Obſerv.* 11.

### Cinquieme Principe.

Le Souverain a droit encore de faire des Loix pour les Etrangers qui ne font même que paſſer dans ſes Etats; mais ce ſont

communément de ſimples Loix de Police faites pour le bon ordre, & ces Loix ſont, ou perpétuelles, ou faites ſeulement pour certaines occurrences particulieres. *Ibid.*

### Sixieme Principe.

De Droit Etroit, toutes les Loix, que fait un Souverain, n'ont force & autorité que dans l'étendue de ſa domination; mais la néceſſité du bien public & général des Nations a admis quelques exceptions dans ce qui regarde le Commerce civil. C'eſt ainſi que la majorité & la minorité du domicile ont lieu par-tout, même pour les biens ſitués ailleurs. *Obſerv.* 10, 12 & 46.

### Septieme Principe.

Les Loix d'un Souverain ont pour objet premier, principal & dominant, tantôt de régler l'état & la condition de la perſonne, tantôt de ne régler que les choſes, & tantôt de régler également l'un & l'autre.

### Huitieme Principe.

Entre les différentes conditions des hommes, il y en a qui ont leur relation aux Actes du commerce civil; telles ſont la majorité, la minorité, l'émancipation, l'interdiction, &c. & il y en a d'autres qui ſont purement politiques & diſtinctives. Tel eſt l'état de Noble, ou de Roturier, celui de Légitime, ou de Batard, de Naturel, ou d'Etranger. *Obſerv.* 4.

### Neuvieme Principe.

Les Loix qui ont pour objet premier, principal & dominant, de régler l'état & la condition des perſonnes, ſont des Loix perſonnelles.

### Dixieme Principe.

Ces Loix perſonnelles affectent la perſonne, d'une qualité qui lui eſt inhérente, & la perſonne eſt telle par-tout. *Obſerv.* 4.

### Onzieme Principe.

Les Loix perſonnelles ſont, ou perſonnelles univerſelles, ou perſonnelles particulieres. *Obſerv.* 4 & 13.

### Douzieme Principe.

Les Loix perſonnelles univerſelles ſont non-ſeulement celles qui forment & déterminent l'état & la condition de l'homme, généralement pour tous actes ; telles ſont celles qui déterminent la majorité, ou la minorité, celles qui interdiſent de toute adminiſtration ; mais ce ſont encore celles qui ne donnent un état que pour une certaine nature d'Acte qui emporte par lui-même, & dans ſon exercice, une ſorte d'univerſalité. Telles ſont les Loix qui émancipent un mineur. *Obſ.* 4.

### Treizieme Principe.

Les Loix perſonnelles particulieres ſont celles qui n'affectent la perſonne que pour quelques Actes particuliers & limités. *Ibid.*

### Quatorzieme Principe.

Entre ces Loix perſonnelles particulieres, il y en a de pures perſonnelles, parce qu'elles ne reglent que des Actes purs perſonnels. Tel eſt le Senatuſc. Vell. & il y en a de perſonnelles réelles. *Ibid.*

### Quinzieme Principe.

Les Loix particulieres perſonnelles réelles, ſont celles qui ont, dans leur objet, de régler également, & la perſonne, & les biens, mais pour quelques Actes ſeulement. Telle eſt la Loi qui permet de teſter, celle qui autoriſe un mineur marié à faire un don mutuel à ſon conjoint, &c. *Obſ.* 23, 1^re^ *regle.*

### Seizieme Principe.

Ces Loix particulieres perſonnelles réelles ſont les ſeules qu'on puiſſe appeller mixtes, & il n'y en a point de mixtes dans le ſens de Dargentré, de Burgundius, de Voet, &c. *Obſ.* 6.

### Dix-septieme Principe.

Les Loix perſonnelles, ſoit perſonnelles univerſelles, ſoit perſonnelles particulieres, ſoit perſonnelles réelles, n'agiſſent que ſur les domiciliés.

### Dix-huitieme Principe.

Les Loix pures perſonnelles, ſoit perſonnelles univerſelles, ſoit perſonnelles particulieres, ſe portent par-tout; c'eſt-à-dire, que l'homme eſt par-tout de l'Etat, ſoit univerſel, ſoit particulier, dont ſa perſonne eſt affectée par la Loi de ſon domicile. *Obſ.* 10, 12, 14 & 46.

### Dix-neuvieme Principe.

Les Loix perſonnelles univerſelles agiſſent indirectement & par conſéquence ſeulement ſur les biens, & les Loix perſonnelles particulieres n'agiſſent que ſur la perſonne.

### Vingtieme Principe.

Les Loix perſonnelles réelles n'agiſſent de droit que ſur les biens du Territoire où elles commandent à la perſonne. *Obſ.* 5, 9 & 10.

### Vingt et unieme Principe.

Elles agiſſent quelquefois ſur les biens ſitués ailleurs; mais c'eſt en tant qu'elles ſont conformes entr'elles, & à titre de fraternité ſeulement. *Obſ.* 16.

### Vingt-deuxieme Principe.

Les Loix pures réelles reglent & dirigent directement & immédiatement les biens. *Obſ.* 17.

### Vingt-troisieme Principe.

Le ſujet & le matériel dominant direct & immédiat du Statut en détermine la nature & la qualité; c'eſt-à-dire, que le ſujet & le matériel le font être réel, ou perſonnel.

### Vingt-quatrieme Principe.

Le motif de la Loi devroit auſſi en déterminer la nature & la qualité, quand ce motif eſt clair & préciſément exprimé, de maniere qu'on ne puiſſe pas raiſonnablement en donner un autre à la Loi. C'eſt ainſi que le Statut qui défend aux conjoints

de s'avantager, paſſe communément pour réel, parce qu'encore qu'on puiſſe lui donner pour motif, celui de maintenir la paix entre les conjoints, il eſt ſuſceptible de celui de conſerver les biens de chacun d'eux à leurs héritiers; mais il ſemble qu'il devroit être perſonnel, s'il étoit clair & précis que cette défenſe fût faite aux conjoints uniquement, pour ne point leur donner d'occaſion de trouble & de déſunion; & néanmoins la Juriſprudence eſt au contraire. L'on ne conſidere que la choſe défendue, & non le motif de la défenſe. *Obſ.* 23.

### Vingt-cinquieme Principe.

Quand la nature du Statut ne ſe développe pas abſolument par le mêlange qu'il contient des perſonnes & des biens, il vaut mieux le préſumer réel. *Obſ.* 5.

### Vingt-sixieme Principe.

Les Loix pures réelles ne changent, ni n'alterent l'état de la perſonne: elles arrêtent ſeulement l'exercice des Actes que lui permet ſon état, & cela par rapport à des Actes purs réels. Tel eſt le Statut qui défend à un majeur de diſpoſer de ſes propres au-delà du tiers, du quint, &c.

### Vingt-septieme Principe.

Les Loix réelles n'ont point d'extenſion directe, ni indirecte hors la Juriſdiction & la domination du Légiſlateur.

### Vingt-huitieme Principe.

Le domicilié & le non domicilié ſont également aſſujettis aux Loix réelles, ſi ce n'eſt qu'elles ſoient expreſſément reſtreintes aux ſimples domiciliés, ou accordées comme privileges.

### Vingt-neuvieme Principe.

Quand le Statut perſonnel du domicile ſe trouve en concurrence & contrariété avec le Statut perſonnel d'un autre endroit, celui du domicile l'emporte. C'eſt ainſi que le natif de Normandie, qui, par la Loi de ſa naiſſance & de ſon domicile, eſt majeur à vingt ans d'une majorité parfaite, eſt tel dans les Coutumes mêmes qui exigent un âge plus avancé. *Obſ.* 16.

### Trentieme Principe.

Mais le Statut perſonnel du domicile qui ſe trouve en concurrence avec un Statut réel, ſoit du domicile, ſoit de tout autre endroit, cede au Statut réel. C'eſt ainſi que le majeur, qui par ſon état de majeur, peut donner entre-vifs tous ſes biens, ne pourra pas les donner, ou n'en pourra donner qu'une partie, s'ils ſont ſitués dans une Coutume qui l'ordonne ainſi par une prohibition réelle. *Ibid.*

### Trente et unieme Principe.

Les Statuts réels du domicile & de la ſituation des biens, concourant enſemble, chacun d'eux a ſon exécution; c'eſt ainſi que ſi un homme a des biens dans des Coutumes, dont les unes ne lui permettent de diſpoſer par donation, ou par teſtament, que du quint ſeulement de ſes propres, & les autres du tiers, il en pourra diſpoſer conformément à chacune de ces Coutumes. *Ibid.*

### Trente-deuxieme Principe.

La perſonne peut être affectée, tout à la fois, de deux états perſonnels contraires; c'eſt-à-dire, être habile & inhabile par état, reſpectivement à différents Actes. C'eſt ainſi qu'un mineur émancipé eſt, tout à la fois, inhabile par état pour aliéner, & habile par état pour gérer & adminiſtrer ſes revenus. C'eſt ainſi encore qu'une femme, dans pluſieurs de nos Coutumes, eſt en puiſſance de mari pour contracter, & indépendante pour teſter. *Obſ.* 15.

### Trente-troisieme Principe.

Quoique les meubles ſuivent la perſonne, & ſoient régis par la Loi du domicile, ce n'eſt pas comme Loi perſonnelle, mais comme Loi réelle & de ſituation. *Obſ.* 19.

### Trente-quatrieme Principe.

Les actions perſonnelles, & même les rentes conſtituées, conſidérées du côté de l'actif, c'eſt-à-dire, du côté de ceux à qui elles appartiennent, ſont attachées à la perſonne, & ſont de

de la nature & qualité dont les déclare la Loi de ſon domicile. *Obſ.* 20.

### Trente-cinquieme Principe.

Il en faut excepter les rentes ſur l'Hôtel-de-Ville & ſur le Clergé, qui, par une Juriſprudence particuliere, ſont régis par la Coutume de Paris. *Ibid.*

### Trente-sixieme Principe.

Mais ces mêmes actions, conſidérées dans leur paſſif, ſe reglent par la Loi du domicile du Débiteur. *Ibid.*

### Trente-septieme Principe.

Les actions réelles & foncieres ſuivent la Loi de la choſe ſur laquelle ces actions s'éxercent. *Ibid.*

### Trente-huitieme Principe.

Hors les Contrats de Mariage qui peuvent avoir leurs exceptions particulieres, il faut, pour décider ſi des conventions ſont légitimes en elles-mêmes, examiner ſi elles ſont conformes, ou oppoſées à la Loi prohibitive où ſe paſſe le Contrat; telles ſont les conventions qui ont pour objet des droits qui naiſſent *ex natura contractûs, & tempore contractûs;* & c'eſt ainſi que l'on juge de la légitimité du taux des rentes. *Obſ.* 46, *reg.* 6.

### Trente-neuvieme Principe.

Mais pour décider de la légitimité des droits qui naiſſent *ex poſt facto*, il faut examiner la Loi du lieu où la cauſe de ces droits prend naiſſance. *Ibid. reg.* 8.

### Quarantieme Principe.

S'il s'agit de droits qui dépendent de l'état & de la condition de la perſonne, il faut ſuivre la Loi qui regle la perſonne. *Ibid. reg.* 5.

### Quarante et unieme Principe.

Une convention, toute légitime qu'elle ſoit en elle-même,

n'a pas ſon exécution ſur les biens, lorſqu'ils ſont ſitués en Coutumes prohibitives de la convention, ſi ce n'eſt que ces biens y ſoient ſitués par mauvaiſe foi, & par contravention à la convention. *Obſ.* 41, 42 & 43.

### Quarante-deuxieme Principe.

Les formalités preſcrites pour l'authenticité, la foi & la preuve des actes, ſe prennent de la Loi du lieu où les actes ſe paſſent; & quand elles ont été remplies & obſervées, les actes ſont valables par-tout, en ce qui touche la forme. *Obſ.* 23 & 46, *reg.* 1.

### Quarante-troisieme Principe.

Il en eſt de même s'il s'agit du lieu du Contrat; c'eſt la Loi du lieu où il eſt paſſé qui en décide : par exemple, pour former un engagement valable à quelque ſomme qu'il puiſſe ſe monter, s'il ſuffit, dans un pays, de ſimples témoins ſans aucun écrit, l'engagement paſſé dans ce pays en préſence de témoins, ſera valable, de maniere que la preuve par témoins ſera admiſſible en quelque endroit qu'on agiſſe, fut-ce dans un pays où la preuve par témoins n'eſt pas admiſſible. *Obſ.* 46.

### Quarante-quatrieme Principe.

S'il s'agit de formalités intrinſeques & conſtitutives du Contrat, il faut pareillement ſuivre la Loi où le Contrat a été paſſé. *Ibid. reg.* 3.

### Quarante-cinquieme Principe.

Les formalités pour procéder en jugement, ſe prennent du lieu où l'on plaide. *Ibid.*

### Quarante-sixieme Principe.

Mais les formalités pour l'exécution judiciaire des Actes ou des Jugements, ſe prennent du lieu où on les exécute. *Obſ.* 23.

### Quarante-septieme Principe.

Les formalités réelles & inhérentes aux choſes dont on contracte, ou pour raiſon deſquelles on agit, ſe prennent du lieu de la ſituation. *Ibid. reg.* 4.

### Quarante-huitieme Principe.

La Loi du lieu où ſe paſſe un Contrat ou un Teſtament, ne décide pas toujours les queſtions qui peuvent en naître. Pluſieurs de ces queſtions ſe décident par la Loi du domicile des parties, & même quelquefois par celle du domicile de l'une des parties, plutôt que de l'autre. S'il s'agit, par exemple, de décider quelles ſont les Loix qui doivent régler des conjoints qui ſe ſont mariés ſans Contrat, on décidera par le domicile des conjoints au jour du Mariage; & ſi leurs domiciles ſont différents, ce ſera plutôt par celui du mari que par celui de la femme. Pluſieurs autres queſtions ſe décident communément par la Loi de la ſituation; ſi, par exemple, il s'agit de décider quelle eſt la Loi qu'un vendeur & un acquéreur domiciliés ailleurs, doivent ſuivre pour la meſure des fonds qui auront été vendus. D'autres ſe décident par la Loi du lieu du Contrat; ſi, par exemple, un homme fait acquiſition d'un cheval, d'un bœuf, &c. dans un marché public. Enfin très-ſouvent on décide par les circonſtances, & cela ſe vérifie principalement dans le cas des Teſtaments. *Obſ.* 46.

### Quarante-neuvieme Principe.

Quand les conteſtations qui naiſſent entre des parties ſont évoquées & portées dans un autre Tribunal, il faut juger ces conteſtations comme on les jugeroit dans le Tribunal naturel. Ordonnance des évocations, *Ibid. reg.* 10.

# TITRE PREMIER,

*Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts ou des Coutumes, ou bien, du Droit qui regle les Conjoints entre eux, & du lieu qu'il faut conſidérer à cet effet.*

## CHAPITRE PREMIER.

*Où l'on examine ce que les anciens Auteurs ont penſé ſur les Statuts.*

PARMI nous, non-ſeulement les Provinces, mais même preſque toutes les Villes, ont chacune leurs Loix & leurs Statuts; & comme cette variété fait naître un grand nombre de queſtions, qui ſe trouveroient répandues & éparſes dans l'Ouvrage que nous nous propoſons de donner, j'ai cru bien faire, & qu'il ſeroit plus méthodique d'agiter dès le commencement & de ſuite, toute la matiere des Statuts, pour ne point être arrêté par les queſtions trop fréquentes qui en naîtroient, & qui interromproient le fil & l'enchaînement de ce que nous avons à dire.

Au ſurplus, comme chez nous, il n'y a que quelques cantons qui ſoient régis par le Droit Ecrit, ſuivant lequel le Mariage ne met pas la femme ſous la puiſſance de ſon mari, ce que nous dirons en général de la puiſſance maritale, ne ſera pas d'un grand uſage dans ces cantons; mais il le ſera davantage par-tout ailleurs, ſelon que les effets de cette puiſſance y ſont plus ou moins étendus: car dans certaines Provinces, comme chez les Hollandois, le mari a un pouvoir des plus amples. Il a la libre diſpoſition, non-ſeulement de tous les biens qui lui appartiennent, mais encore de tous ceux qui appartiennent à ſa femme, laquelle ne peut régir, ni les uns, ni les autres. Dans d'autres Provinces au contraire, (& c'eſt ainſi que notre Loi

municipale le décide) le mari ne peut aliéner aucuns immeubles, ſans le conſentement de ſa femme, quand il n'a pas d'enfants du Mariage, & cette prohibition a lieu indiſtinctement. A Amersford, ſoit qu'il y ait enfants ou non, il eſt des endroits où la Loi veut que des Conjoints ne puiſſent en aucune maniere s'avantager, qu'en ſe donnant mutuellement, & en uſufruit; & il y en a une Loi préciſe chez nous. Chez les Hollandois, au contraire, les maris & les femmes ont une liberté entiere de s'avantager. Enfin chaque Nation a ſes Loix particulieres qui different entiérement les unes des autres. D'où il ſuit qu'il eſt de la derniere importance de ſavoir à quelle Loi il faut s'arrêter pour juger des Droits des Conjoints; & ce ſont autant de queſtions dont vous ne vous tirerez jamais bien, ſi vous ne connoiſſez parfaitement les Droits que cette diverſité de Loix & de Coutumes peut faire naître. C'eſt donc ici l'occaſion de traiter une matiere célebre de notre Droit, s'il en fut jamais; mais plus elle eſt célebre, plus nous devons faire effort de l'approfondir, & de la bien développer, avec d'autant plus de raiſon, que perſonne, que je ſache, ne l'a juſqu'à préſent traitée dans toute ſon étendue, ni avec méthode.

Nous avons cependant deux grands Juriſconſultes, qui ont agité fort amplement, & qui plus eſt, avec une approbation générale, quelques queſtions qui ſont des dépendances de cette ample matiere; ſavoir, d'Argentré dans ſon ſavant Commentaire ſur la Coutume de Bretagne, & Burgundius, dans ce petit Ouvrage travaillé avec tant d'attention, ſur les Coutumes de Flandres; & plût à Dieu qu'il nous en eût donné encore pluſieurs autres pareils! Ces deux Auteurs ſe rencontrent de même avis dans pluſieurs choſes; mais ils ſont d'avis différents dans pluſieurs autres. Et pour entrer préſentement en matiere, il faut obſerver que les anciens Auteurs ont penſé ſur ce ſujet tout autrement que les modernes.

Barthole, dont les déciſions ont été comme autant de Loix dans les Tribunaux, preſque juſques dans le dernier ſiecle, eſt d'avis ſur la Loi premiere, *cunctos populos, C. de ſummâ Trinit...* qu'il importe de bien prendre garde quel eſt l'arrangement des termes de la Loi; de ſorte que, ſelon lui, certains termes mis devant ou mis après, déterminent la nature & la condition des Statuts, comme par exemple, ſi le Statut eſt conçu ainſi: *l'aîné aura les deux tiers;* car pour lors ce Statut ſera perſonnel, parce

que dans ſa conſtruction, il commence par la perſonne : que ſi, au contraire, il étoit conçu en ces termes : *les deux tiers ſeront pris par l'aîné,* le Statut ſera réel, en ce que dans ſa conſtruction il commence par la choſe ; comme s'il falloit plutôt s'arrêter aux termes qu'à l'eſprit, & à l'intention du Légiſlateur, & comme ſi l'arrangement des mots étoit de quelque conſidération, quand la volonté du Légiſlateur eſt claire & bien marquée. C'eſt pourquoi il y a long-temps que l'on a proſcrit & rejetté cet avis de Barthole, & de tout ce grand nombre d'anciens Docteurs, dont nous trouvons les noms dans le Livre de Théſaurus, *lib.* 2, *quæſt.* 4, *n.* 4, *quæſt. forenſ.* qui l'ont ſuivi comme leur chef & leur maître, & ont adopté ſon principe.

Après avoir rejetté un motif de déciſion qui n'eſt fondé que ſur un pur arrangement de mots, paſſons à l'avis de ceux qui ont écrit plus récemment. Ils veulent tous aſſez unanimement, que l'on s'attache à connoître ſi les Statuts ſont réels ou perſonnels, ou même (ce qui eſt une tierce-eſpece inventée par d'Argentré) s'ils ſont mixtes ; mais vous les voyez reſter court, dès qu'il s'agit de diſcerner les Statuts qui doivent paſſer pour perſonnels, & ceux qui doivent paſſer pour réels ; & d'Argentré & Burgundius ſe ſont tellement fatigués à nous preſcrire des regles là-deſſus, qu'il ſemble qu'ils aient choiſi cette matiere comme un théâtre qui les plaçoit au grand jour, & les mettoit à portée de faire connoître leur bel eſprit. Pour moi je tâcherai de la développer dans l'ordre qui ſuit. D'abord je donnerai la diviſion des Statuts ; je donnerai enſuite des regles pour connoître ceux qui ſont perſonnels & ceux qui ſont réels ; j'expliquerai en troiſieme lieu les différentes déciſions qui réſultent de leur différente nature ; j'en expoſerai les raiſons ; enfin je diſcuterai en particulier, & dans l'ordre que je viens de preſcrire, les queſtions qui ſe ſont élevées dans le Bareau.

## OBSERVATION PREMIERE.

LEs Auteurs, qui ont écrit ſucceſſivement ſur cette matiere, n'ont point été contents les uns des autres : preſque tous trouvent que ceux qui les ont précédés, s'étoient fort mal acquittés de ce qu'ils avoient entrepris. D'Argentré le dit hautement. *Pauciſſimi hactenus videntur id argumentum commodè tractaſſe.* Il prétend qu'ils ont embrouillé la matiere plutôt que de l'éclaircir, *vexaſſe potiùs quàm explicaſſe ;* & dans l'intention où il eſt de fouiller & de creuſer un ſujet auſſi important, il eſt obligé de mettre à l'écart les différentes idées de ceux qui ont écrit avant lui. *Omiſſis omnium opinionibus.*

Rodemburg, qui eſt venu long-temps après d'Argentré, a eſtimé, à ſon égard, que perſonne n'avoit juſqu'à préſent traité la choſe dans toute ſon étendue. Il regarde ce que d'Argentré & Burgundius ont donné au public, comme ne pouvant ſervir qu'à quelques queſtions particulieres. Et c'eſt pour y ſuppléer qu'il a compoſé le Traité dont je donne aujourd'hui la Traduction.

Voët, qui a écrit depuis ces Auteurs, ne trouve pas encore apparemment qu'ils en aient aſſez dit, & il ſe flatte d'être le premier qui ait donné des principes aſſez étendus & aſſez univerſels pour répondre à preſque toutes les queſtions qui peuvent ſe préſenter. *Quoad tamen fieri poterit, pleraſque ( quæſtiones ) ex quibus de cæteris facile judicandum, in ordinem redigam, ſicque me præſtitiſſe, quod ante me forte non alius, judicabit ille qui extrà partes conſtitutus, mea legerit, & perlegerit accuratè. Sect. 9, cap. 1.*

Hertius, qui a travaillé depuis, & qui a intitulé ſa Diſſertation, *De Colliſione Legum*, convient que cette matiere eſt ample & vaſte ; & quoiqu'il s'appuie ſur l'autorité de quantité d'Auteurs qu'il cite lui-même, il ne ſait encore ſi aucun eſt parvenu à l'expliquer dans ſon entier. *De colliſu Legum anceps, difficilis, & latè diffuſa eſt diſputatio, quam neſcio an quiſquam explicare totam aggreſſus fuerit.*

Défunt M. Froland, notre Confrere, ancien Bâtonnier de l'Ordre, nous a donné en 1729 ſes Mémoires ſur les Statuts,

en deux gros volumes *in*-4°, qu'il a fait précéder par d'autres Mémoires ſur le Senatuſconſulte Velleyen dans le Duché de Normandie, ſur les Coutumes prétendues locales du Comté d'Eu, & ſur la prohibition d'évoquer les Décrets d'immeubles ſitués dans cette Province ; & dans ces Ouvrages, il traite plus ou moins de queſtions mixtes, & il inſinue aſſez clairement que ceux qui ont écrit avant lui, n'ont fait que gliſſer ſur les difficultés ; car il eſpere que le public aura la bonté de lui conſerver la place qui appartient, dit-il, aux Auteurs qui les premiers ont fendu, comme on dit ordinairement, la glace.

Quelques années auparavant que M. Froland eût donné ſes Mémoires ſur les Statuts, & pendant qu'il les annonçoit dans les Journaux, j'avois rendu publiques mes Queſtions ſur les démiſſions de biens ; & dans la Queſtion ſixieme, j'avois pris occaſion d'y préſenter comme le précis & l'extrait des principes les plus ordinaires, & les plus univerſellement reçus dans la matiere des Statuts. C'eſt un petit ruiſſeau, j'en conviens ; mais où ceux qui craignent de perdre pied & d'être enſevelis ſous la glace, pourront du moins ne pas quitter les deux bords.

## OBSERVATION II.

LA regle que Barthole a imaginée pour diſtinguer les Statuts perſonnels & les Statuts réels, avoit de ſon temps, j'oſe le dire, ſéduit tous les eſprits. Elle ſe trouve dans tous les Auteurs qui lui ſont contemporains, & dans beaucoup de ceux mêmes qui ſont venus après lui. Il eſt incompréhenſible comment une regle auſſi peu raiſonnable a pu faire un auſſi grand progrès ; & je ne trouve rien qui marque plus de quel poids & de quelle autorité étoient dans ces temps-là, les déciſions de cet Auteur, & le grand nom qu'il s'étoit fait parmi les Juriſconſultes. Auſſi eſt-il appellé, *Lucerna Juris*, & quelques Auteurs, comme Jaſon, ont été juſqu'à dire que jamais Barthole n'avoit erré. Barthole *ſemper dicit veritatem.*

Alexander étoit auſſi aſſurément un excellent Juriſconſulte. M. Ch. du Molin cite ſes conſeils preſque par-tout, & il les a illuſtrés de pluſieurs notes. Or cet Auteur, en ſon Conſeil 44, Liv. 5, a embraſſé cette regle de Barthole. Il dit d'après lui, *quod*

*quod verba Statuti diligenter intueri (oporteat) quia aut diſponunt circà rem, ut per hæc verba,* BONA DECEDENTIS DEVENIANT IN PRIMOGENITUM... *aut diſponunt circà perſonam, ut per hæc verba,* PRIMOGENITUS SUCCEDAT. Et c'eſt en parlant de ce ſyſtême de Barthole, qu'Alexander, dans la ſuite de ce Conſeil, dit, *non ſomniavit Bartholus, & alii, quandò faciunt differentiam inter Statutum diſponens in perſonam, & Statutum diſponens circà bona.*

Alexander n'a pas tort de dire que Barthole & les autres ne dormoient pas, lorſqu'ils ont mis de la différence, *inter Statutum diſponens in perſonam, & Statutum diſponens circà bona.* Mais ils dormoient réellement, lorſqu'ils ont fait dépendre du ſimple arrangement des mots, la nature & la qualité du Statut, & qu'ils ont cru que le Statut qui commence par la perſonne, *diſponit circà perſonam,* & que celui qui commence par la choſe, *diſponit circà rem.*

De ce ſyſtême erroné s'en ſont enſuivies pluſieurs autres erreurs; car comme le Statut qui diſpoſe, *circà perſonam,* eſt un Statut perſonnel, & que le Statut perſonnel n'affecte que les domiciliés, & ne concerne pas les étrangers, ils en ont conclu que le Statut qui diſpoſe d'une ſucceſſion, en s'adreſſant à la perſonne, *primogenitus ſuccedat,* ne faiſoit Loi que pour les domiciliés; & qu'ainſi un aîné domicilié ailleurs, ne pouvoit pas recueillir les droits d'aîneſſe dans l'étendue de ce Statut; & voici l'eſpece qu'Alexander, dans l'endroit cité, a décidée en conformité de ce principe.

Deux ſœurs étoient mariées, l'une à un habitant du Ferrarois, & l'autre à un habitant de Rimini.

Celle mariée à Rimini étoit décédée la premiere, & avoit laiſſé un fils. Celle mariée dans le Ferrarois y étoit décédée depuis ſans enfants, & *ab inteſtat,* & avoit pour plus proche parent ſon neveu, fils de ſa ſœur domiciliée à Rimini, qui ſe préſente pour ſuccéder. Il en eſt empêché par un couſin-germain de la défunte, fils de ſon oncle, & cela ſur le fondement du Statut de Ferrare, où étoit le domicile de la défunte *de cujus.*

A Ferrare les parents appellés *agnati,* excluent les parents appellés *cognati.*

Le neveu, comme plus proche, demandoit la ſucceſſion de ſa tante.

Le couſin-germain, comme agnat, prétendoit l'exclure, & il étoit fondé ſur la Loi de Ferrare.

Alexander, conſulté ſur cette queſtion, décide pour le neveu, & cela en conſéquence de la diſtinction de Barthole.

En effet, dit-il, le Statut de Ferrare, *diſponit in perſonam.* Ce Statut porte que les agnats ſont héritiers, à l'excluſion des cognats.

Or le Statut de Ferrare, *in perſonam conceptum*, ne ſauroit faire Loi contre un Forain qui n'eſt pas ſoumis à ce Statut. *Concludo igitur quod dictum Statutum loquens in perſonam, excludendo à ſucceſſione filium ſororis, non comprehendit forenſem, etiam quoad bona ſita in loco Statuentium, ſecus ſi Statutum loqueretur in rem, diſponendo circà bona;* & par conſéquent, ſuivant ces principes, il eſtime que les deux prétendants n'étant pas ſoumis au Statut de Ferrare, il falloit ſe déterminer par le Droit commun, & que le neveu fils de la ſœur, devoit venir à la ſucceſſion de ſa tante, comme plus proche, à l'excluſion du couſin-germain fils d'un frere, quoiqu'agnat, comme étant plus éloigné.

C'eſt par la ſuite des mêmes principes, qu'à l'occaſion d'un Statut qui défend à un mari d'inſtituer ſa femme ſon héritiere, Alexander dit que ce Statut étant adreſſé à la perſonne, *& in perſonam conceptum,* n'empêchera pas des Conjoints domiciliés ailleurs, de diſpoſer entre eux, des biens qu'ils auront, même dans le lieu du Statut prohibitif. Il en ſeroit autrement, ſi le Statut étoit conçu, *in rem;* par exemple, en ces termes, *la ſucceſſion d'un mari ne peut être laiſſée à ſa femme*, parce que pour lors ce Statut ainſi conçu, *ligaret etiam forenſes.*

M. Ch. du Molin ſe récrie beaucoup contre ces déciſions d'Alexander, & de pluſieurs autres qui ont déféré à ſon avis; & voici le jugement qu'il porte d'abord ſur la premiere déciſion concernant la ſucceſſion de la tante décédée à Ferrare. *Sed peſſimè loquuntur, quia Statutum in effectu non diſponit de perſonis, vel earum Statu, ſed de ipſis rebus, & ſic, quibus cùmque verbis loquatur, ligat omnes, quoad res in ſua ditione ſitas.*

Et plus bas, ſur le Statut qui défend au mari d'inſtituer ſa femme ſon héritiere, & qu'Alexander dit ne pas concerner les Conjoints domiciliés ailleurs, *quoad bona in territorio ſita*, du Molin a fait cette note : *Imo in bonis hîc ſitis, & ſic non eſt differentia inter civem, & forenſem; ſed in ſitu bonorum, quia hujuſ-*

*modi Statuta ſunt realia & localia;* & il renvoie à la note qu'il a faite ſur le Conſeil 41, n. 6, du même Auteur.

C'eſt pourquoi M. Ch. du Molin s'explique en ces termes : *Sive Statutum dicat, BONA NON VENIANT AD FŒMINAS, ſivè FŒMINÆ NON SUCCEDANT, ſemper locum habet in bonis ſitis inter fines ſuos, ſivè fœminæ ſint ſubditæ Statuto, vel non, ſivè cives, vel exteræ.*

Il ſemble qu'Alexander ſe contrediſe lui-même : car en ſon conſeil 16, du Livre premier, il dit que l'opinion la plus commune eſt que, ſoit que le Statut s'adreſſe à la perſonne, ſoit qu'il s'adreſſe à la choſe, la Loi du territoire & de la ſituation agit ſur les biens qui y ſont ſitués, & non point ſur les autres. *Magis communis concluſio eſt quod ſivè Statutum loquatur in rem, ſivè in perſonam, habeat locum in bonis poſitis in territorio ſtatuentium, & non in aliis.* Sur quoi du Molin fait cette autre remarque ; *Hæc vera opinio, rejectâ verbali diſtinctione Bartholi, an loquatur lex in rem, vel in perſonam, ſed teneas indiſtinctè quod Statuta vel Conſuetudines tanquàm reales non extenduntur extrà ſua territoria, & ità practicamus.* Ce qu'il répete ſur le conſeil 41, Livre ſept, & en quantité d'autres endroits des conſeils du même Auteur.

D'Argentré a penſé la même choſe que du Molin, du principe de Barthole ; il a cru qu'il n'y avoit rien de plus illuſoire, *quo nihil poteſt futilius*, qu'il y avoit de la pudeur pour les commençants, même à penſer & à parler de cette maniere, *pudeat pueros talia ſentire, aut docere, nec viros ſapientes oportet ludere ſophiſtica, aut præſtigiis verborum*, & l'avis de ces deux grands hommes a été ſuivi par Rodemburg, Voët, Hertius, &c.

En effet, en adoptant le principe de Barthole, la qualité & la nature d'un Statut vont dépendre entiérement de la ſimple conſtruction. Les Statuts les plus évidemment réels deviendront des Statuts perſonnels, & l'on s'attachera à l'écorce de la Loi, pour s'écarter viſiblement de l'eſprit des Légiſlateurs qui ont certainement moins enviſagé la forme extérieure des Statuts, que la choſe qui y étoit contenue & exprimée. *Scire leges, non eſt verba earum tenere, ſed vim, atque poteſtatem. L. ſcire* 17. *ff. de leg. Nec leges verbis, ſed rebus ex juſtâ ratione ſunt impoſitæ. L. omne.* 2, *C. commun. de legat. Non ex figurâ litterarum, ſed ſenſu obligamur. L.* 38. *ff. de oblig.*

Tiraqueau *de jure primo-gen. quæſt.* 46, *n.* 6, cite les

différents Auteurs ſur leſquels l'on peut appuyer l'avis de Barthole; & comme cet avis a quelque choſe qui révolte, il ajoute que les partiſans de cet Auteur ſoutiennent que la diſtinction a lieu, *in legibus & edictis prætorum, in teſtamentis, ſtipulationibus, pactis, & reſcriptis*, & d'Argentré fait la même obſervation. *Art.* 218, *gloſ.* 6, *n.* 5.

J'ai vérifié ces autorités, & j'ai trouvé qu'effectivement les Loix admettent la diſtinction du Statut qui concerne la choſe, & de celui qui concerne la perſonne, & que cette diſtinction étoit fondée ſur la différente maniere de s'exprimer. C'eſt ainſi que ſi dans un Teſtament, le Teſtateur s'exprimoit en ces termes, *hæres meus à Titio ne petito*, ou en ceux-ci, *hæres meus à ſolo Titio ne petito*, cette différente maniere de s'exprimer, opéreroit des effets bien différents. Dans le premier cas le legs eſt réel. C'eſt la libération qui eſt léguée purement, & irrévocablement; elle eſt générale & abſolue, & cette libération profite à l'héritier de Titius. Dans le ſecond cas, il n'y a proprement de léguée qu'une ſuſpenſion d'action en faveur de Titius ſeulement, & ſon héritier n'eſt pas libéré. *L.* 8, *ff. de lib. leg.* Mais remarquez bien que cette différente déciſion ne conſiſte pas dans le ſeul arrangement des mots, d'un mot mis devant, ou mis après; elle conſiſte dans la force des termes employés, & qui emportent une diſpoſition différente. Ces termes *à Titio*, ou ceux-ci, *à ſolo Titio*, ne ſonnent pas la même choſe; au lieu que dans le ſyſtême de Barthole, ce ne ſont que les mêmes mots placés d'une maniere plutôt que d'une autre, qui ne ſignifient que la même choſe, & qui néanmoins operent différents effets, & rendent un Statut d'une claſſe toute différente. Cependant, comme dit d'Argentré, *invertas, ſubvertas, evertas orationem*, le Statut n'eſt toujours que ce qu'il eſt, & un peu plus haut, il dit, à cette occaſion, *ridere vulgò ſolent cùm dicitur jus atrum, aut atrum jus, diverſa dicere volenti.* C'eſt ce que nous diſons, proverbialement, *jus vert* & *vert jus.*

Il faut pourtant convenir qu'il eſt des mots qui mis devant, ou mis après, changent totalement le ſens. Ainſi le mot *ſuus* placé avant *hæres* a tout un autre ſens que s'il étoit mis après: quand il eſt devant, il dénote la qualité d'enfant, ſoumis à la puiſſance du défunt, & occupant dans ſa famille le premier dégré; quand, au contraire, le mot *ſuus* ſuit celui de *hæres*, il n'a plus aucun rapport, ni à la qualité d'enfant, ni à la puiſſance

paternelle, ni au dégré dans la famille; il ne ſe rapporte qu'à la perſonne dont on eſt héritier. C'eſt pourquoi on dira fort bien d'une femme, *hæredem ſuum rogavit;* mais cela ſignifie ſeulement qu'elle a chargé celui qui doit lui ſuccéder, comme ſon héritier; on ne dira pas, *ſuum hæredem rogavit*, parce que les femmes n'ayant pas leurs enfants ſous leur puiſſance, ne pouvoient pas, par conſéquent, avoir ce que l'on appelloit *ſuos hæredes.*

Chez les Romains, *bonorum poſſeſſio*, eſt entiérement différent de *poſſeſſio bonorum.* L'un marque le droit de ſuccéder qu'accordoit le Prêteur; le ſecond marque le fait : ainſi on ne diroit pas des Créanciers que le Magiſtrat mettoit en poſſeſſion des biens de leurs Débiteurs, *mittebantur in bonorum poſſeſſionem.* Cette expreſſion porteroit une idée de ſucceſſion.

Un troiſieme exemple peut ſe prendre de ces mots, *præſcriptis verbis.* Quand ils ſont ainſi placés, ils déſignent toujours une action civile générale à tous Contrats qui n'avoient pas de noms propres, & qui ne produiſoient pas d'action particuliere. *Verbis præſcriptis*, ne ſignifiera plus la même choſe, & préſentera tout un autre ſens.

Quand nous parlons du Droit Romain, nous l'appellons, *jus ſcriptum*; quand, au contraire, nous parlons d'un Droit qui eſt mis par écrit, nous diſons, *ſcriptum jus, ſcripta lex;* ainſi, *jus ſcriptum* & *ſcriptum jus*, ſont bien différents. L'on ne pourroit pas dire, *ſcriptum eſt jus, ergò eſt jus ſcriptum.*

On pourroit apporter pareils exemples dans la langue Françoiſe. Ne diſons-nous pas, *bois mort*, & *mort bois*, *femme ſage*, & *ſage-femme*, & cette tranſpoſition de termes n'emporte-t-elle pas différente ſignification ?

Il eſt donc vrai qu'un certain arrangement de mots, peut fournir un ſens & une déciſion différente; mais cela eſt rare, & il n'eſt pas poſſible d'en faire un principe général : auſſi Tiraqueau a-t-il ſoin de nous avertir que les Loix ſur leſquelles Barthole s'appuie, *non eodem modo intelliguntur quo declarat Barth.*

Nous avons dans la Coutume de Paris pluſieurs articles qui ſervent de réponſe à l'idée & au principe de Barthole. On eſtime communément que le douaire coutumier à la veuve, eſt un Droit réel. Cependant l'art. 247, commence par les perſonnes, & finit par les biens. *Femme mariée* eſt *douée*, &c. Il

en eſt de même de l'article 280, concernant le don mutuel, *homme* & *femme* conjoints par Mariage. La conſtruction du Statut ne décide donc pas de la nature du Statut; c'eſt par les effets qu'il en faut juger. C'eſt encore la note de M. Charl. du Molin ſur Chaſſeneuz, *p.* 1104, *col.* 2. de l'édition de 1681. *Conceptio verborum non debet attendi, ſed effectus; undè cùm hoc caſu effectus verſetur principaliter in rebus, extrà territorium non extenditur Lex ipſa, ſivè Conſuetudo loci, etiâm ubi partes habent domicilium.*

Billecart, ſur la Coutume de Châlons, ſemble avoir adopté les idées de Barthole en plein. L'article 100 porte, *pere ou mere, aieul ou aïeule, ne peuvent avantager leurs enfants l'un plus que l'autre,* &c.

Billecart prétend que ces mots étant adreſſés aux peres & meres, *Statutum loquitur in perſonam, & diſponit in perſonam.* » Partant, elle s'étend en d'autres Coutumes où les peres & » meres ont des héritages, & qui permettent l'avantage «.

Bouvot paroît encore plus précis pour le ſyſtême de Barthole en ſes queſtions notables, tom. I. *verbo.* Teſtament. *queſt.* 3. Samuel Strick, en ſon Traité *de princip. jur. in alieno territorio exercente*, ſouſcrit pareillement à cette diſtinction. Je me contente ſeulement de les indiquer à ceux qui auront curioſité de les lire, ne croyant pas d'ailleurs que de pareilles idées puiſſent avoir aujourd'hui le moindre crédit. Si on veut voir ce ſyſtême parfaitement détruit, il faut conſulter les Mémoires de M. Froland ſur les Statuts, *tom. I, ch.* 3, *n.* 3.

Mais quelques Auteurs en adoptant le principe de Barthole, en font l'application d'une autre maniere. *Statutum*, diſent-ils, *loquitur, diſponit in perſonam*, quand il permet ou défend quelque acte qui eſt du miniſtere de l'homme, *veluti quod filius jam non poſſit teſtari, quod vir & uxor non poſſint ſe invicem inſtituere, quod mulier non poſſit, niſi de* 4^a. *vel* 10^a. *teſtari, & ſimilibus*, & pour lors le Statut eſt perſonnel. *Statutum loquitur in rem*, quand il ne défend, ni n'ordonne rien qui dépende du miniſtere de l'homme, & qu'il fait lui-même ce qu'il ordonne; comme, par exemple, quand il ordonne que la fille dotée ſera excluſe de la ſucceſſion, ou bien que *extantibus maſculis fœminæ non ſuccedant*, & pour lors le Statut eſt réel.

Mais ce ſyſtême n'eſt pas admiſſible, du moinsen ce qui regarde le Statut perſonnel: car ſi on l'admet, il faut dire que les

Loix qui défendent aux maris & femmes de s'avantager; celles qui défendent de donner partie, ou le tout de ſes biens, & quantité d'autres ſemblables ſeront, comme le ſoutiennent effectivement ceux qui ont embraſſé ce parti, des Statuts perſonnels : cependant ces Loix n'ont pour objet que de régler les biens; & quoiqu'elles commandent à la perſonne, ce n'eſt que pour régler le ſort, l'uſage & la diſtinction des biens, & par une vüe toute bornée & renfermée dans les biens.

Il faut donc dire que, *quandò agitur de rebus, vel jure reali*, le Statut eſt réel, & aſſujettit, tant ceux qui ſont domiciliés, que ceux qui ne le ſont pas, ſoit que le Statut commence par la perſonne, ſoit qu'il commence par la choſe. Ce que M. Ch. du Molin, ſur le Conſeil 41, Liv. 7, d'Alexander, rend en ces termes : *Sivè loquatur in rem, ſivè in perſonam.*

Il y a pourtant des cas où le Statut, quoique réel, pourroit ne concerner que les perſonnes domiciliées, & c'eſt M. Ch. du Molin qui nous le dit. Si le Statut qui, par une diſpoſition contraire au Droit commun, exclut certaines perſonnes, *expreſſè ſe limitet ad perſonas ſui territorii, nec velit excludere exteros, quia tunc utentur jure communi. Item ſi expreſſè ſe limitet ad fœminas exteras, quas ſolas vult excludere, quia tunc illæ ſolæ excludentur in bonis in eo territorio ſitis : pariter ſi vocando primogenitum, vel maſculos, ſeſe limitet ad indigenos, vel ſubditos, tunc ſoli hi gaudebunt beneficio Statuti. Alioquin cùm concernat res, prodeſt omnibus etiam exteris contrà cives. Cod. de ſumm. Trinit. verbo concluſ. de Statutis;* & plus bas, au même endroit, en parlant des Loix qui n'accordent que des Bénéfices perſonnels, il dit, *Statutum dans Beneficium perſonam concernens non comprehendit exteros, etiam hoſpites, & advenas qui non poſſunt eo uti.*

C'eſt pourquoi le Droit de retrait lignager n'étant accordé en Provence que comme un Bénéfice perſonnel aux parents y domiciliés, on a jugé qu'un parent domicilié en Languedoc n'avoit pu retraire des biens de parents ſitués en Provence. V. Baſſet, Liv. 6, tit. 7, ch. 1, Morgues, ſur Provence, pag. 122, & de Bomy, pag. 49 & 50.

Je ne ſaurois finir cette Diſſertation, ſans prier mon Lecteur de faire attention que ces termes cités ci-devant, *Statutum aut loquitur in perſonam, aut loquitur in rem*, ont une ſignification différemment déterminée, ſuivant les différents

ſyſtêmes de nos Auteurs. Par exemple, Barthole & ſes ſectateurs ont déterminé la ſignification de ces termes, *loquitur in perſonam*, au Statut qui, dans ſa conſtruction, commence par parler de la perſonne, & ils ont déterminé la ſignification de ceux-ci, *loquitur in rem*, au Statut qui commence par parler de la choſe. Au premier cas ils le font perſonnel, & réel au ſecond ; & c'eſt dans ce ſens qu'Alexander a employé ces termes dans ſon Conſeil 44, Liv. 4, ci-deſſus.

Les autres, au contraire, ont cru que pour déterminer le ſens de ces termes, *Statutum loquitur in perſonam*, *Statutum loquitur in rem*, il ne falloit pas conſidérer la conſtruction du Statut, mais l'effet & l'affectation que le Statut opéroit ſur la perſonne ou ſur la choſe. Ces Auteurs veulent qu'on s'attache au fond & à l'eſprit du Statut, & que l'on examine s'il s'agit *de rebus aut de perſonâ*. Au premier cas, il eſt réel ; au ſecond cas, il eſt perſonnel ; & c'eſt dans ce dernier cas qu'Alexander lui-même a entendu ces termes dans ſon Conſeil 16, Liv. 1.

Ce n'a donc pas été pour moi une petite difficulté dans la lecture des différents Auteurs, & dans l'étude que j'en ai faite, de fixer le ſens des expreſſions ſuivantes. *Statutum diſponit circà perſonam, vel circà res; diſponit in perſonam, vel ſuper rebus; loquitur vel in perſonam, vel in rem ; Statutum conceptum in perſonam, vel in rem ; Statutum quod agit in perſonam, vel in rem.* Toutes ces expreſſions devroient avoir, ce ſemble, des ſens fixés unanimement dans nos Auteurs ; chacune d'elles devroit être priſe dans un ſens qui lui fût propre. Cependant j'ai trouvé tout le contraire ; nos Auteurs ne font pas le même uſage d'une même expreſſion ; & ce n'eſt qu'avec beaucoup d'attention, & en poſſédant bien les principes de chaque Auteur, que l'on peut fixer le ſens & la maniere dont ils les ont entendus.

CHAPITRE

## CHAPITRE II.

*De la diviſion des Statuts, & quels ſont les Statuts perſonnels, quels ſont les réels, & s'il y en a de mixtes.*

PLus je fais attention ſur les différentes diſpoſitions des Statuts & Coutumes, & plus je reſte convaincu que je n'ai jamais mieux fait que de les diſtribuer en trois claſſes.

Ou le Statut diſpoſe ſimplement des perſonnes.

Ou il diſpoſe ſimplement des choſes.

Ou il diſpoſe tout à la fois, & des perſonnes, & des choſes.

Mais comme ceci eſt un peu trop ſuccinct, il faut l'expliquer plus au long.

Ou le Statut regle l'état univerſel de la perſonne & ſa condition, ſans faire aucune mention des choſes, de maniere que les perſonnes y ſont conſidérées, abſtraction faite, & ſans aucun rapport aux biens. Tels ſont, par exemple, les Statuts qui fixent l'âge où la perſonne jouit de ſes droits, ceux qui fixent le temps où le fils eſt affranchi de la puiſſance paternelle, & bientôt nous parlerons plus amplement de ces Statuts & d'autres ſemblables.

Ou le Statut regle ſeulement les choſes de maniere que le miniſtere & le concours de la perſonne n'y ſont point néceſſaires. Tels ſont les Statuts qui reglent les ſucceſſions *ab inteſtat*, ceux qui veulent que les biens maternels paſſent aux parents maternels, & les biens paternels aux parents paternels, que les batards ſuccedent à leurs meres, & non à leurs peres. Tels ſont encore ceux qui déterminent le cas où l'on ſuccede par ſouche ou par tête. Toutes ces diſpoſitions concernent les ſucceſſions *ab inteſtat*.

Ou enfin le Statut permet, défend, ou regle ce que la perſonne peut par rapport à ſes biens, de maniere qu'il ne ſauroit y avoir de contravention, qu'autant qu'il y a du fait de la perſonne : tels ſont les Statuts ſuivants. *Aucun ne peut diſpoſer de ſes biens par Teſtament, ſans la permiſſion du Prince. Les Conjoints ne peuvent ſe léguer l'un à l'autre. Le mari ne peut aliéner les biens fonds ſans le conſentement de ſa femme.*

Après avoir fait la diviſion des Statuts, il faut paſſer à l'exa-

men des principes qui servent à connoître ceux qui doivent être appellés personnels, & ceux qui doivent être appellés réels, & c'est de cet examen que dépend la décision de toutes les questions qui peuvent se présenter. Pour moi, si je ne me trompe, il me paroît qu'il faut se renfermer à considérer le matériel du Statut, la chose qui est dans le Statut, sans faire attention, ni à la personne à qui la Loi permet ou défend, ni au motif de la Loi, ni même à la personne qu'elle peut avoir eu en vue lors de la défense ou de la permission; mais qu'il faut considérer simplement la chose qui est comprise dans la prohibition, la permission, ou la disposition de la Loi, & la nature de cette chose. En sorte que si la Loi ne dispose que de l'état, de la qualité ou de la condition de la personne, qu'elle en regle l'état universel, abstraction faite de ce que la personne peut ou ne peut pas faire, cette Loi doit sans difficulté être mise au rang des Loix personnelles, & tels sont les Statuts dont nous avons fait mention dans le premier membre de notre division; mais quand les Statuts concernent les successions, pour lors ils sont purs réels.

Enfin, si la Loi dont il s'agit de porter un jugement est faite pour régler ce que l'homme peut, ou ne peut pas faire, il est important de remarquer si elle concerne l'état de la personne, ou même si elle le trouble, ou non.

Au premier cas il faut ranger cette Loi dans la classe des Loix personnelles dont nous allons parler dans le Chapitre suivant. Au second cas la nature & la qualité de l'acte prohibé ou permis est seulement à considérer; de sorte que si l'acte est réel, telles que sont les aliénations de biens, le Statut sera réel; si l'acte est personnel, tel qu'est le pouvoir de contracter, le Statut sera personnel: au moyen de quoi dans le second cas, il ne faut pas considérer la personne dont le Statut regle l'acte, ni le motif de la Loi qui étant peut-être pris de la qualité personnelle, aura donné lieu au Statut; mais le Statut prendra sa dénomination de l'objet, ou de la nature de l'acte qui est permis, ou prohibé à la personne. L'Empereur Justinien, *in* §. *final. inst. de jur. nat. gent. & civ.* nous en fournit une preuve; car ayant dit que tout le Droit civil n'a pour objet que les personnes, les choses & les actions, il appelle Droits personnels ceux qui ont un objet personnel, & Droits réels ceux qui ont un objet réel, en mettant dans la classe des

Droits réels ceux qui regardent les acquiſitions, ſoit entre-vifs, ſoit par Teſtament, ſoit *ab inteſtat ;* & la raiſon, en les caractériſant ainſi, n'eſt point bleſſée : car ſelon que leur objet ſera, ou l'engagement de la perſonne, ou un Droit concernant la choſe, ils recevront delà leur dénomination ; outre qu'il paroît très-convenable de juger de la qualité des Statuts plutôt par la choſe qu'ils permettent ou qu'ils défendent, ou par l'état & la condition qu'ils donnent à la perſonne, que d'en juger par ce qui ne fait pas le principal objet de la diſpoſition. C'eſt pourquoi, ſi l'on décide des différentes eſpeces de Statuts ſuivant la regle que je donne préſentement, on trouvera, ſi néanmoins cela y fait quelque choſe, que ce que l'on aura décidé ſur ces eſpeces, ſe rapportera aux déciſions les plus ordinaires de nos Auteurs. Mais avant que d'examiner quel Droit réſulte de l'un & l'autre Statut, & quel eſt le lieu dont nous devons emprunter le Droit, il eſt préalable d'examiner une troiſieme eſpece de Statut, c'eſt-à-dire, le Statut mixte, imaginé par d'Argentré, cet homme d'un génie ſi ſubtil. Il eſtime que le Statut eſt mixte, lorſque la qualité ou la condition de la perſonne change le Droit & la diſpoſition portée par le Statut ; comme quand il eſt dit, *les roturiers partageront également les Fiefs, & l'aîné des nobles les aura en entier ;* mais c'eſt en cela que Burgundus a fort à propos critiqué d'Argentré, puiſqu'on ne pourroit appeller un Statut mixte que celui qui étant formé des deux eſpeces de Statuts, participeroit de la nature de l'un & de l'autre. Or, le Statut allégué par d'Argentré ne dirige en aucune maniere la perſonne, ni les actions perſonnelles, & ſe réduit à régler la ſucceſſion des biens qui, à la vérité, ſe partagent, tantôt d'une maniere & tantôt d'une autre, ſelon la qualité des perſonnes ; mais il eſt toujours vrai que le Statut en queſtion ne dirige que les ſucceſſions qui ſont réelles, puiſque nous avons montré ci-devant que pour décider de la nature du Statut perſonnel ou du Statut réel, il ne falloit pas s'attacher au motif, ou à la cauſe qui ont donné lieu à régler ainſi les ſucceſſions, mais à l'objet & à la choſe même, qui eſt dans la diſpoſition du Statut. Burgundus a ſubſtitué un autre genre de Statut mixte à celui de d'Argentré ; mais il n'a pas rencontré plus heureuſement. Il eſtime qu'il eſt bien mieux de donner pour exemple d'un Statut mixte, celui qui défend à un mineur d'aliéner ſes biens, & que dans la teneur de ce Statut,

il y a du perſonnel, en ce que le mobilier du mineur y eſt également compris, lequel ſe régit par la Loi du domicile, en ſorte que vous trouverez que la Loi eſt faite à la perſonne & aux biens. *Dict. tract. n.* 2. Mais, en vérité, peut-on douter un ſeul moment qu'un Statut de cette ſorte ne ſoit un Statut réel? Qui niera, en effet, que les meubles auſſi-bien que les immeubles ne ſoient compris ſous le nom général de biens? Or Burgundus ne convient-il pas lui-même, un peu auparavant, que la fonction des Statuts perſonnels conſiſte à diſpoſer de l'état de la perſonne, ou à diriger ſes actes perſonnels? Et ces principes peuvent-ils jamais s'accorder avec l'exemple qu'il apporte des biens du mineur? Nous n'avons pas même beſoin d'imaginer un troiſieme genre de Statut, ſous prétexte que les meubles de ce mineur, qui ſont hors l'étendue de la Loi qui lui défend d'aliéner ſes biens, ſont néanmoins, quoiqu'exiſtants ailleurs, ſoumis à la diſpoſition de cette Loi; au lieu que les Statuts réels n'ont pas coutume de s'étendre au-delà des limites du territoire; mais cela ne forme qu'une raiſon de douter qui a fait prendre le change à Burgundus: car ce n'eſt pas parce que le Statut eſt perſonnel que les meubles de ce mineur y ſont ſoumis, mais parce que les meubles n'ayant point de ſituation fixe, nous leur en préſuppoſons dans le lieu du domicile de la perſonne à qui elles appartiennent. C'eſt pourquoi, quelque choſe que le Juge du domicile entreprenne d'ordonner touchant les meubles, il ne faut pas dire que le Statut du domicile s'étend hors de ſon territoire, en ce que le Statut aura lieu ſur les meubles qui ſont ailleurs, ni même que ce Statut ſoit perſonnel; mais il en faut plutôt conclure que ce Juge a droit d'en ordonner, parce que les meubles ſont préſumés avoir leur ſituation dans le lieu du domicile. C'eſt pourquoi je ne ſaurois trop m'étonner de ce que d'Argentré appelle le Statut qui régit les meubles un Statut perſonnel, en oubliant lui-même la définition qu'il en avoit donnée précédemment, qui eſt que les Statuts perſonnels ſont ceux qui diſpoſent du Droit univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle; ce qui ne ſauroit convenir aux Statuts qui diſpoſent des meubles, & ce qui montre évidemment que les Statuts ne peuvent bien ſe diviſer qu'en deux ſortes, ſavoir, en perſonnels & en réels, & qu'il n'y en a point de mixtes.

## OBSERVATION III.

POUR traiter cette matiere, qui eſt très-difficile, chacun s'eſt fait un plan & une diſtribution particuliere.

Balde, ſur la Loi *Cunctos pop.* indique une premiere diviſion aſſez ordinaire, *omne Statutum aut diſponit de perſonis, aut de rebus, aut de actionibus ;* mais pour plus grande clarté, il en fait une ſeconde. *Sed ut clarius habeas, ego aliter procedo, & dico quod Statutum quandoque diſponit de jure perſonæ, quandoque de jure ſolemnitatis, vel formæ, quandoque de jure ordinis ſeu judiciorum, quandoque de jure executivo, & iſta membra pono in civilibus actibus qui habent ſortiri effectum Juris.*

M. Ch. du Molin, *Cod. de ſumm. Trinit. verbo concluſ. de Stat.* a commencé d'abord par diſtribuer les Statuts en deux claſſes, ceux qui reglent la forme & les ſolemnités ; *Statuta quæ concernunt nudam ordinationem, vel ſolemnitatem actûs*, & ceux qui ſervent à la déciſion, *& de his quæ meritum cauſæ vel deciſionem concernunt.*

Il ſubdiviſe cette ſeconde eſpece de Statuts, entre ceux qui reglent des choſes entiérement dépendantes de la volonté des hommes, & dont ils ſont abſolument les maîtres, & les Statuts qui diſpoſent de choſes qui ne dépendent point de la volonté des parties, mais de la ſeule autorité de la Loi.

Les Statuts de cette ſeconde eſpece agiſſent, ſelon M. Ch. du Molin, ou ſur la choſe, ou ſur la perſonne, & c'eſt ſous cette diſtribution qu'il nous a donné ce qu'il penſoit ſur la matiere des Statuts.

Hertius, dans ſa Diſſertation *de colliſ. leg.* nous a donné la diviſion que nos Auteurs ont le plus univerſellement adoptée, mais qui peut-être ne fait pas aſſez ſentir la vaſte étendue de cette matiere. Les hommes, dit-il, ſont ſoumis à la Loi, ou à raiſon de leurs perſonnes, ou à raiſon des choſes, ou à raiſon des actes ; *vel ratione perſonæ, vel ratione rerum, vel ratione actuum.* Cette diviſion eſt aſſez la même que celle du Droit Romain, *omne Jus quo utimur vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones ;* & c'eſt en conformité de ce plan que Hertius a travaillé ſa Diſſertation.

Gottlieb Gerhard Titius, qui a fait un traité intitulé, *de Conflictu Statutorum*, s'est fait un plan aussi assez particulier sur cette matiere.

Il observe d'abord que les Auteurs distinguent communément les Statuts personnels & les réels. *Vulgo (Doctores) ex diversitate Statutorum, personalia illa sint, an realia, id dijudicandum esse existimant.* Et qu'ils pensent que les Statuts personnels peuvent bien avoir leur force hors l'étendue du territoire, mais qu'il n'en est pas de même des Statuts réels; *adeo ut illa ad aliena territoria vim suam extendere, non vero hæc, fere concludant.*

Mais il seroit difficile, eu égard à la variété des Loix, d'adapter cette distinction à de certaines especes qui sont même assez ordinaires. *Attamen vix est ut illam varietatem ad certas constantesque species revocare queas*, & qu'effectivement nos Auteurs se décident souvent mal à propos, tantôt par la personalité du Statut, & tantôt par la réalité, selon que le Statut parle des personnes ou des biens, quoique les Loix aient toujours en vue tout à la fois, & les personnes, & les biens, *ipsa etiam realium & personalium Statutorum distinctio incongrua est; quamvis enim quædam sine consideratione certarum rerum aliquid disponant, alia vero peculiare objectum respiciant, attamen certum est quod omnia personas & res simul concernant, ac illa ab his separari nec possint, nec debeant.* Et que c'est en séparant des Statuts les personnes & les biens, que sort une foule de difficultés très-embarrassantes, *& quicquid tricarum, difficultatum ac dubiorum hîc occurrit, ex lubrico illo fundamento unicè ferè propullulasse videatur.* Il ajoute, que les regles auxquelles il faut avoir recours pour bien décider les questions qui se présentent, & qui naissent de la diversité des différentes Loix, est d'envisager l'esprit, le génie & les mœurs qui regnent dans la nation, & les concilier avec le Droit naturel, *hinc ex natura Imperii civilis, & jure naturali quod liberarum gentium officia dirigit, decisiones repeti debent;* & ensuite de ces réflexions, il propose trois cas particuliers.

Celui où il s'agit d'un acte par rapport à des choses soumises à la Loi du lieu où il est passé, & qui sont entiérement de la volonté & arbitrage des contractants, soit que les personnes qui le passent, soient domiciliées dans le lieu, soit qu'elles soient domiciliées dans une autre Jurisdiction : *vel enim actus in aliquo*

*loco de rebus illi & agentium arbitrio ſubjectis, vel ab incolâ vel forenſi ſuſcipitur;* celui où il s'agit d'un acte fait ſuivant les Loix du lieu où il eſt paſſé, mais dont la diſcuſſion ſe fait dans une autre Juriſdiction, *vel actus juxta Leges certi alicujus loci celebratus ſpectatur apud exteros.*

Enfin le troiſieme cas eſt celui où il s'agit d'un acte paſſé dans un certain lieu, mais dont la diſcuſſion ſe fait dans une autre Juriſdiction, dans l'étendue de laquelle les biens ſont ſitués; *vel ex certo aliquo loco, in territoria aliena & res ibi ſitas agitur;* & après avoir obſervé ces trois cas, voici les regles qu'il établit.

La premiere, qui eſt pour le premier cas, eſt qu'il faut obſerver dans la célébration des actes, les Loix où ils ſe paſſent, & cela, ſoit par les domiciliés, ſoit par les perſonnes du dehors qui ſe trouvent pour lors & actuellement ſur les lieux, *in actibus celebrandis leges loci, ubi illi peraguntur, obſervari debent; idque non tantum ab Incolis, quod indubium, ſed & forenſibus & peregrinis ibi commorantibus;* & la raiſon qu'il en apporte eſt que, *vis Imperii civilis in hos omnes efficax eſt.* Et néanmoins, dit cet Auteur, il eſt certain que par bienſéance, ou par convention expreſſe, on peut invoquer les Loix d'un autre endroit, ce qui n'eſt pas ordinaire & ordinairement admis. *Ex comitate tamen vel aliquando ex pacto eo fine inito, leges alius loci valere poſſe certum quidem eſt. Sed vix eſt ut aliqua gens tam profuſæ ſit humanitatis, aut pacto adeò moleſto ſe obſtringi patiatur. Hinc harum limitationum rariſſimus erit uſus.*

Quant au deuxieme cas, voici la regle qu'il propoſe. Tout acte qui eſt fait valablement ou invalablement ſelon les Loix du lieu où il eſt paſſé, & au ſujet des biens qui y ſont ſitués & qui ſont ſoumis à la volonté des parties, eſt valable ou invalable par tout & pour tout ce qui peut s'enſuivre. *Quoad ſecundum caſum, hæc obtinebit regula. Quicquid juxta leges alicujus loci, de rebus illi loco agentiumque arbitrio ſubjectis, validè aut invalidè geſtum eſt, illud cùm conſectariis valet aut non valet ubiquè;* parce que, dit-il, il eſt naturel que chaque lieu jouiſſe du Droit d'avoir ſes Loix, *nam lex naturalis exigit ut alios ſuo jure libere uti patiamur.*

Et enfin, quant au troiſieme cas, il poſe pour regle que par rapport aux choſes qui ſont ſituées ailleurs, les actes ne valent qu'autant que les Loix de la ſituation veulent bien par

complaiſance les admettre ou qu'il y ait à ce ſujet une convention expreſſe; autrement ces Loix n'auroient pas lieu dans les Juriſdictions où les biens ſont ſitués; *quoad res alibi ſitas, leges loci ubi actus ſuſceptus, non valent, niſi exteri eas ex humanitate admittant, aut ex pacto admittere teneantur.*

Enfin il termine toutes ſes réflexions par celles-ci, qui ſont que les Loix d'un lieu n'ont d'exécution dans un autre que par trois raiſons. La premiere, par l'autorité de la Loi qui domine dans la Nation : la deuxieme, par la pure Loi naturelle; & enfin par la pure convenance. *Ex iis ergò apparet quod valor legum in exteros triplici nitatur fundamento. Imperio civili in caſu primo, Jure naturali perfecto in ſecundo, ſolâ humanitate in tertio;* ſi ce n'eſt qu'il y ait une convention expreſſe que l'on a coutume de regarder comme une eſpece de Droit.

Il paroît que cet Auteur n'a eu d'autre intention dans ſon Traité, que de former des regles pour les actes qui ſe paſſent entre des perſonnes de la même domination, mais ſoumiſes aux Loix de différentes Coutumes; & dès-lors ce n'eſt plus traiter les queſtions ſelon les principes généraux & intrinſeques de cette matiere, mais ſelon les principes d'une même domination.

Dans mon Diſcours préliminaire de mes Diſſertations ſur les queſtions qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes, je crois avoir eu raiſon d'obſerver que le Juriſconſulte eſt l'homme de toutes les Nations, & que ſes lumieres ne doivent pas ſe borner à décider les queſtions qui peuvent naître dans une ſeule Nation, mais bien toutes celles qui ſe préſentent, chez quelque Nation que ce puiſſe être.

D'ailleurs les regles que cet Auteur nous donne, quoique renfermées dans une ſeule Nation, ne laiſſent pas d'avoir leurs inconvénients & leurs embarras. Il renvoie quantité de choſes au Droit naturel, pluſieurs à la bienſéance, & il convient que l'uſage n'en eſt pas ordinaire. Ce n'eſt plus raiſonner par les principes intrinſeques & ſubſtantiels des choſes. D'un autre côté les regles qu'il preſcrit ne peuvent décider que des cas les plus ſimples & les plus faciles; & néanmoins cette matiere eſt d'une vaſte étendue, & fait naître tous les jours des queſtions très-embaraſſantes, & qui ne trouveroient pas une réſolution certaine dans les trois regles qu'il nous a données.

Il

Il m'eſt tombé depuis quelque temps entre les mains un Livre intitulé : *Les Principes de la Juriſprudence Françoiſe*, compoſé par M. Prévôt de la Jannés, Conſeiller au Préſidial d'Orléans, & Profeſſeur en Droit François, imprimé en 1759.

L'Auteur, par ſes diſcours, montre un grand fonds d'érudition & de longues méditations ſur les principes de la Juriſprudence Françoiſe.

Au troiſieme Diſcours il traite des Statuts, & donne pluſieurs principes ſur cette matiere : il convient, comme tous les autres, que dans toute la Juriſprudence il n'eſt peut-être point de queſtion plus étendue, plus délicate, ni plus embarraſſante. Il ajoute que pluſieurs Juriſconſultes ont tenté d'éclaircir cette matiere ; mais que le ſuccès n'a pas répondu pleinement à leurs eſpérances, & que ce n'eſt qu'à l'aide d'une théorie extrêmement fine, ſubtile & déliée, qu'on peut parvenir à former ſur cette matiere un ſyſtême où la ſimplicité réponde à l'exactitude, & dont toutes les parties ſe trouvent liées par les vues sûres d'une raiſon fidele ; c'eſt-à-dire que, ſelon lui, les du Molin, les d'Argentré, les Rodenburgh, les Voët, & quantité d'autres, n'avoient pas cette théorie fine néceſſaire pour traiter cette matiere. Cependant, dit-il, il faut eſſayer de la ſoumettre à des regles immuables, fixes & préciſes.

Mais il dit que ce n'eſt pas par l'autorité des choſes jugées, ni par une Juriſprudence arbitraire qu'on peut parvenir à fixer ces principes ; qu'on ne doit les chercher que dans les ſeules idées de la raiſon naturelle.

L'Auteur nous renvoie donc aux ſeules idées de la raiſon naturelle ; mais nos Auteurs, tant anciens, que modernes, n'uſoient donc gueres de la raiſon naturelle, puiſqu'il y a tant de ſentiments différents & ſi contraires parmi eux. Et comment encore mettre à part l'autorité des Arrêts & des choſes jugées, pour ne recourir qu'aux ſeules idées de la raiſon naturelle ? Cette raiſon eſt une & univerſelle dans tous les hommes. C'eſt une faculté de penſer que Dieu leur a donnée, & une portion même de ſon intelligence, & les hommes en abuſeroient bien, s'ils ne penſoient pas tous les uns comme les autres.

Cependant conſultons les différentes Nations, les différentes Loix qu'ils ont imaginées, ou adoptées, les différents principes d'après leſquels ils ſont partis, & nous verrons que ce n'eſt pas la raiſon ſeule qu'ils ont conſultée, mais une rai-

ſon modifiée par les mœurs, les inclinations, les penchants, & par les différentes circonſtances qui varient à l'infini.

L'Auteur, pour parvenir à nous donner des regles ſur cette matiere, diſtingue quatre ſortes de Loix ; ſavoir, les Loix ou Statuts réels, les Loix ou Statuts perſonnels, les Statuts qui reglent la forme des Actes, & enfin les Loix ou Statuts qui en déterminent les effets.

Cette diviſion paroît aſſez exacte & aſſez claire, & on l'admettroit volontiers plutôt que celle qu'on nous a donnée juſqu'alors, parce qu'elle eſt moins ſujette à d'autres diviſions & ſubdiviſions, & qu'elle eſt dans cette ſimplicité que requiert l'éclairciſſement des choſes abſtraites & difficiles.

Nous verrons par la ſuite ſur quels principes l'Auteur s'eſt dirigé. Et quoique mon Ouvrage ſoit ſur le point d'être imprimé, * & qu'il y ait dix années que j'en aie obtenu le Privilege, nous en retarderons à cet effet l'impreſſion, pour inſérer dans l'Ouvrage les réflexions que nous pourrons faire ſur les principes qu'il nous a donnés.

* En 1760.

L'Auteur de la Juriſprudence Françoiſe, en ſon troiſieme Diſcours, page 59, poſe à ſon égard pour axiome ou regle premiere des Statuts, qu'on ne doit reconnoître dans toute la Juriſprudence que deux eſpeces de Statuts ſeulement, le réel & le perſonnel, & la raiſon qu'il en rend, eſt que d'un côté les Actes ſont attachés à la perſonne de ceux qui les font, & de l'autre qu'ayant pour objet les choſes dont la perſonne diſpoſe, que ces Actes, ſoit pour la forme, ſoit pour les effets, ſe réduiſent à la nature, ou des Statuts réels, ou des perſonnels.

Cet axiome paſſera difficilement en Juriſprudence, dans les termes dont il eſt conçu.

En effet, ſelon la Juriſprudence, & ſelon même tous nos Auteurs, le Statut perſonnel eſt celui qui regle l'état & la condition de la perſonne, & ce Statut eſt celui du domicile de la perſonne. Or le Statut qui regle la forme des Actes ne ſauroit jamais être, comme le porte l'axiome de notre Auteur, un Statut perſonnel, puiſqu'il ne regle point l'état & la condition de la perſonne.

D'ailleurs le Statut perſonnel ſe prend de la Loi du domicile, & le Statut qui regle la forme des Actes, ſe prend communément de la Loi du lieu où l'Acte eſt paſſé, ſoit qu'il ſoit le lieu du domicile, ſoit qu'il ne le ſoit pas.

Ce Statut qui regle ainſi la forme des Actes, ne peut donc être rangé & mis dans la claſſe des Statuts perſonnels : il eſt donc néceſſaire d'admettre une troiſieme eſpece de Statuts, qui eſt celle qui, en particulier, regle la forme des Actes, & cette forme, quand elle eſt attachée à l'Acte, & qu'elle ſert à la preuve de la vérité de l'Acte, ne ſe prend point de la Loi du domicile, comme domicile, encore que l'Acte y ſoit paſſé, mais uniquement comme Loi du lieu du Contrat ; & quand la formalité eſt attachée à la choſe, la forme ſe prend de la Loi de la ſituation des biens, & pour lors c'eſt un Statut réel. Mais la premiere eſpece de formalité ne pouvant jamais être priſe de la Loi du domicile, comme Loi du domicile, mais comme Loi du Contrat, ne peut jamais être rangée dans la claſſe des Statuts perſonnels.

Notre Auteur * fait ici une autre diſtribution qui paroît encore aſſez naturelle : ou les Statuts, dit-il, diſpoſent ſimplement des perſonnes, ou ils diſpoſent ſimplement des choſes, ou enfin ils diſpoſent des perſonnes & des choſes. * Rodenburgh.

Mais il faut obſerver que ce terme *diſpoſer* n'a pas le même ſens dans chacun des membres de cette diviſion.

En effet ce terme peut être pris dans deux ſignifications, l'une étroite & rigoureuſe, & l'autre plus large & plus étendue.

Pris dans la ſignification étroite & rigoureuſe, il marque l'action de la Loi, ou ſur les perſonnes ſimplement, ou ſur les choſes ſimplement, ou tout à la fois ſur la perſonne & ſur les choſes.

La Loi agit ſur la perſonne, en la faiſant être d'un certain état & d'une certaine condition.

Le Statut, par exemple, qui fixe la majorité ou la minorité à un certain âge, (& c'eſt un des exemples qu'apporte notre Auteur ;) celui qui interdit le prodigue ou l'inſenſé, celui qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, ces Statuts ſans difficulté diſpoſent de la perſonne : ils la font être majeur ou mineur, ils rendent l'homme maître de ſes droits ou interdit, *ſui juris*, ou ſous la puiſſance d'autrui.

La Loi agit ſur les biens, en imprimant en eux une certaine qualité & une certaine nature qui fixent leur ſort & leur deſtination : tel eſt, ſelon notre Auteur, le Statut qui dans les ſucceſſions donne les biens paternels aux parents paternels, & les biens maternels aux parents maternels. Tel eſt encore le Statut

qui détermine ce qui eſt meuble, ce qui eſt propre, & ce qui eſt acquêt.

Enfin la Loi agit ſur la perſonne & ſur les biens, en fixant tout à la fois l'état & la condition de la perſonne, & en imprimant aux biens une aptitude ou inaptitude à être aliénés par ceux dont elle a fixé l'état & la condition, c'eſt-à-dire, la capacité ou l'incapacité perſonnelle. Tel eſt le Statut qui fixe la majorité ou la minorité, & qui en conſéquence permet au majeur & défend au mineur d'aliéner & de diſpoſer de leurs héritages; tel eſt celui qui interdit un prodigue ou qui émancipe un mineur, & leur défend d'aliéner les fonds; & c'eſt le ſens étroit & rigoureux du terme *diſpoſer*.

Mais ce terme peut être pris dans un ſens plus large & plus étendu, qui eſt lorſque la Loi ordonne aux perſonnes, ſans les affecter particuliérement. Car toutes les Loix qui ordonnent, ſoit en permettant, ſoit en défendant, ſont néceſſairement adreſſées à quelque perſonne; mais pour cela elles n'affectent pas toujours la perſonne à qui elles s'adreſſent. *Loquuntur de perſonâ reſpectu bonorum tantùm.* Par exemple, la Loi défend aux conjoints de ſe donner; dans ce cas, la Loi diſpoſe de la perſonne dans un ſens vague & général, puiſqu'en lui défendant un acte particulier, elle n'imprime en elle aucune incapacité d'état & de condition qui affecte ſa perſonne.

Quelquefois ce terme *diſpoſer* dans le même contexte d'une Loi, aura les deux ſens : un ſens large & étendu par rapport à la perſonne, & un ſens étroit & rigoureux par rapport aux biens. L'exemple s'en trouve dans la Loi qui défend aux Conjoints de ſe donner les propres, mais leur permet de ſe donner les meubles & les conquêts. Cette Loi diſpoſe, ſans affecter la perſonne, & affecte ſeulement les biens, en ce que les conquêts ſont rendus aptes à paſſer d'un Conjoint à l'autre, par la voie de la donation, & les propres au contraire ſont rendus inaptes à être donnés de Conjoints à Conjoints. C'eſt ce que Burgundus me paroît avoir fort ſenſiblement exprimé. *Tract.* 1°. *n.* 42, *Equidem illos qui exiſtimant Statutum non poſſe forenſem inhabilem reddere, ita demum verum ſentire contendo, quotiès quærimus de habilitate activa, ſcilicet ut credamus Statutum non poſſe imprimere qualitatem incapacitatis perſonæ, in quam nullum jus poſſidet. Cæterùm in eâ conditione fundum ſibi obnoxium conſtituere poteſt, ut non alitèr quàm à certis perſonis alterari queat, quam inha-*

*bilitatem paſſivam non ineptè dixeris, quia in perſonam non agit, ſed rebus ipſis affixa, in idoneas perſonas à rerum mutatione removet atquè excludit.*

Le terme, *diſponit*, de notre Auteur, peut donc être entendu en deux ſens : 1°. *Diſponit afficiendo ;* 2°. *Diſponit non afficiendo.*

Notre Auteur, en ce qui regarde les deux premiers membres de ſa diviſion, entend le terme, *diſponit,* dans le premier ſens, c'eſt-à-dire, dans le ſens étroit & rigoureux. Effectivement dans ces deux eſpeces de Statuts, la Loi diſpoſe, *afficiendo, ſivè perſonas, ſivè res.* Mais quant au troiſieme membre, il prend ce même terme dans les deux ſens, & il l'applique aux Statuts qui reglent ce que l'homme peut ou ne peut pas ; & il en diſtingue de deux ſortes, ceux qui reglent ce que l'homme peut ou ne peut pas, en conſéquence de ſon état perſonnel, & ceux qui reglent ce qu'il peut, ou ne peut pas, ſans aucune dépendance de ſon état, & abſtraction faite de cet état. Et dès ce moment, employant également le terme, *diſponit*, pour l'un & pour l'autre cas, il eſt néceſſaire qu'il l'emploie en deux ſens.

Quand le Statut dirige le pouvoir de l'homme, en conſéquence de l'état de la perſonne, & qu'il diſpoſe des biens par ſuite, & par conſéquence de cet état, pour lors le Statut diſpoſe de la perſonne & des biens en affectant directement la perſonne, & conſéquemment les biens : & ainſi le terme, *diſponit*, eſt pris dans le ſens étroit & rigoureux.

Quand le Statut dirige ce que l'homme peut, ou ne peut pas, ſans aucune dépendance de ſon état, pour lors notre Auteur examine quelle eſt la nature des Actes permis ou défendus : ſi ces Actes ſont perſonnels, le Statut ſera perſonnel ; & quant à ce, le terme *diſponit* affecte & la perſonne, & la choſe. Si ces Actes permis ou prohibés ſont réels, le Statut eſt réel ; & quant à ce, le terme, *diſponit*, ſe prend reſpectivement à la choſe, dans un ſens étroit & rigoureux, & par rapport à la perſonne, dans un ſens vague & général.

Notre Auteur apporte pour exemple des Statuts qui diſpoſent de la perſonne & des biens, celui-ci, dont nous avons déja parlé, *les Conjoints ne peuvent ſe faire des avantages ;* & cet autre *: le mari ne peut aliéner les fonds ſans le conſentement de ſa femme.*

Dans ces Statuts, le terme, *diſponit*, eſt employé dans les

deux sens *respectivè*. Ce terme, *respectivè*, sert beaucoup en cette occasion à expliquer les choses. En d'autres, il sert beaucoup à les embrouiller. Ces Statuts disposent des Conjoints, mais ne les affectent pas, & ils disposent des choses, en les affectant.

En effet, un Statut qui dispose de la personne, imprime en la personne une qualité qui lui est inhérente, une qualité qu'elle porte par-tout, & qui est constitutive de ses *habitudes civiles*. J'appelle habitudes civiles, les facultés, ou incapacités, qui sont par état dans l'homme, de régir, administrer & disposer de ses biens, & de faire tous les Actes de commerce & de société ; ce qui ne peut pas se dire des deux Statuts allégués par notre Auteur.

Il est vrai que, suivant ces deux Statuts, la personne peut, ou ne peut pas ; mais cette capacité est toute relative aux biens, & la personne est si peu affectée par ces Statuts, que le Conjoint qui ne pourra pas donner à son Conjoint les biens situés sous un Statut prohibitif, fût-ce celui du domicile, pourra donner les biens situés sous un autre Statut.

Si notre Auteur avoit, dans le troisieme membre de sa division, entendu le terme *disponit*, dans le même sens que dans les deux premiers membres, tant par rapport à la personne, que par rapport aux choses, il n'auroit pas dû employer les exemples qu'il cite, mais nous donner celui-ci, qui se lit dans plusieurs de nos Coutumes. *Celui qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans est mineur, & ne peut pas disposer, vendre & aliéner ses immeubles*. Il est certain que ce Statut dispose de la personne, puisqu'il l'affecte d'un état & d'une condition qui est la minorité, & que par la suite & la conséquence de cet état, il dispose des biens, en les rendant *inaptes* à être aliénés par le mineur.

Remarquez, par rapport au Statut que je viens d'alléguer, que je ne le présuppose pas conçu simplement en ces termes : *le mineur ne peut pas aliéner ses immeubles ;* car si je le concevois ainsi, je m'exposerois à la critique que me feroient plusieurs Auteurs, en m'opposant que la Loi, dans ce cas, ne dispose pas de la minorité, mais qu'elle la suppose ; que la minorité n'est pas *in dispositione, sed in enunciatione ;* raison pour laquelle ils le font réel.

Mais dans le Statut que je propose, la minorité est *in dispo-*

*ſitione*, ainſi que les biens ; & dans ce cas, la Loi diſpoſe tout à la fois de la perſonne & des biens, en mettant dans la perſonne une incapacité perſonnelle, & dans les choſes une inaptitude à être aliénées par le mineur.

Je ne puis m'empêcher de remarquer en cet endroit que notre Auteur, par rapport aux Statuts qui reglent les Actes, que l'homme peut ou ne peut pas, fait une diviſion. Il diſtingue les Statuts *quæ pertinent ad perſonarum ſtatum, aut turbant earum conditionem*, & ils ſont tous perſonnels ; & ceux *quæ nec pertinent ad ſtatum, nec turbant ſtatum ;* & à cet égard ceux-ci ſont perſonnels ou réels, ſuivant la nature des Actes : ſi les Actes ſont réels, le Statut eſt réel ; s'ils ſont perſonnels, le Statut eſt perſonnel. Il met dans cette ſeconde claſſe les Statuts qui reglent le pouvoir de contracter, *qualis eſt contrahendi poteſtas*. Cependant ces Statuts me paroîtroient appartenir à la premiere claſſe, *aut enim pertinent ad perſonarum ſtatum, aut turbant earum conditionem :* auſſi notre Auteur ajoute tout de ſuite que *perſonalium claſſe illa veniunt Statuta*, & au ch. 3, n. 6, il dit que *rem penitiùs introſpicienti*, ces Statuts *quæ vetant contrahere, pertinent ad hominum ſtatum eumdemque plane diſcutiunt*. Pourquoi donc les met-il ici dans la deuxieme claſſe ?

Après les obſervations que je viens de faire ſur le terme *diſponit*, j'adopte volontiers la diviſion de Rodenburgh, en plaçant néanmoins les Actes perſonnels dans le premier membre de ſa diviſion. Ainſi je dis, ou le Statut diſpoſe ſimplement de la perſonne & d'Actes purs perſonnels, ou il diſpoſe ſeulement des choſes, ou il diſpoſe de la perſonne & des choſes.

Le Statut qui diſpoſe ſimplement de la perſonne ou de quelques Actes perſonnels, eſt inconteſtablement un Statut perſonnel ; il affecte la perſonne, en la rendant capable ou incapable par état & par condition.

Le Statut qui diſpoſe ſimplement des choſes, eſt un Statut réel. Il affecte les choſes, en leur imprimant une aptitude ou inaptitude à être vendues & aliénées.

Enfin le Statut qui diſpoſe de la perſonne & des choſes eſt perſonnel, dans le cas où diſpoſant des perſonnes & des choſes, il les affecte les uns & les autres, & cela n'arrive que dans le cas où la Loi commande à ſes domiciliés, & aux choſes par la ſuite & la conſéquence de l'état de la perſonne ; mais s'il

diſpoſe des perſonnes dans un ſens vague & général, & des choſes dans un ſens étroit & rigoureux, il eſt réel. Tout cela ſe développera dans les obſervations ſuivantes.

Il faut donc bien réfléchir ſur la diſtinction qu'il y a entre *diſpoſer* de la perſonne & *commander* à la perſonne. Diſpoſer de la perſonne, c'eſt imprimer en elle une certaine habitude de pouvoir, ou d'impuiſſance qui la ſuit par-tout; commander à la perſonne, eſt ſimplement lui ordonner quelque choſe, ſoit en permettant, ſoit en défendant, ce qui n'imprime dans la perſonne, ni caractere, ni habitude perſonnelle; c'eſt pourquoi la Loi peut commander à un forain, relativement à des biens qui ſont ſous ſa Juriſdiction; mais elle ne ſauroit affecter ce forain. *Statuta*, dit Barthole, ſur la Loi *cunct. pop. non poſſunt circà perſonam ſibi non ſubditam aliquid diſponere.*

Par tout ce que nous venons de dire, on voit que quand nous parlons de la perſonnalité ou de la réalité des Statuts, & que nous diſons qu'ils ſont réels ou perſonnels, nous ne les enviſageons pas, en tant qu'ils paſſent ou ne paſſent pas aux héritiers, ou qu'ils ne paſſent qu'à certains héritiers, tels que ſont les privileges dont parle la Loi 196, ff. *de reg. Juris. Privilegia quædam cauſæ ſunt, quædam perſonæ, & ideò quædam ad hæredem tranſmittuntur, quæ cauſæ ſunt; quæ perſonæ ſunt, ad hæredem non tranſmittuntur.* C'eſt dans ce ſens que nos interpretes Romains ont agité la queſtion de ſavoir ſi le Senatuſconſulte Velleien étoit perſonnel, ou s'il étoit réel. Les uns, comme Lauterback, l'ont dit perſonnel; d'autres, comme Samuel Cocceius, l'ont dit réel. Ceux qui ont été de ce dernier avis ſe ſont déterminés par cette raiſon, que l'exception du Senatuſconſulte Velleien paſſoit aux héritiers, & par conſéquent qu'il étoit attaché à la choſe. Ceux qui l'ont dit perſonnel, l'ont cru tel, parce que c'étoit en faveur de la foibleſſe du ſexe que ce Senatuſconſulte avoit été fait; & comme néanmoins l'exception en paſſoit aux héritiers, ils ont diſtingué deux ſortes de privileges perſonnels. Le premier eſt celui qui a la perſonne pour cauſe prochaine & immédiate, & le ſecond eſt celui qui a une cauſe qui n'eſt pas la perſonne, quoique prochaine à la perſonne. Au premier cas, *non tranſmittitur;* au ſecond cas, *tranſmittitur,* quoique perſonnel. Or, ont-ils dit, le Senatuſconſulte Velleien, quoique fait en faveur de la femme, n'a pas pour cauſe prochaine & immédiate la femme,

femme, mais la léſion & la fraude auxquelles le ſexe eſt plus expoſé que d'autres, & par conſéquent il paſſe aux héritiers, quoique perſonnel. Voyez encore Vinnius, *lib.* 1, *quæſt. cap.* 11.

Dans nos mœurs nous diſons bien, avec la Loi 196, *de reg. Juris*, qu'une Loi eſt perſonnelle, quand le droit qu'elle donne eſt tellement attaché à la perſonne, qu'il s'éteint avec la perſonne, ou même quand il ne paſſe pas indifféremment à tous ſes héritiers & ayans cauſe; & nous diſons la Loi *réelle*, quand le droit qu'elle donne paſſe à l'héritier qui en peut exciper, & ce, en diſtinguant des privileges perſonnels & des privileges réels. C'eſt ainſi que dans nos mœurs, le droit d'accepter la continuation de communauté eſt perſonnel au mineur, en ce que ſon légataire univerſel, non héritier préſomptif, ou ſon créancier, ne peuvent pas, après ſon décès, demander de ſon chef la continuation de communauté; mais il eſt *réel* dans le ſens qu'il paſſe à ſes héritiers. C'eſt ainſi qu'en Droit Romain le privilege de la femme, d'être préférée pour la répétition de ſa dot à tous les créanciers chirographaires, ſuivant la *L.* 2, *ff. de jure dotium*, ne paſſe pas à l'héritier, *L. unic. cod. de privileg. dotium*, & *L. aſſiduis*, & que celui d'être préféré même aux créanciers antérieurs en hypotheque, ne paſſe qu'aux enfants & héritiers ſiens; mais ce n'eſt pas ſous cette idée que nous enviſageons la perſonnalité ou la réalité de nos Statuts. Premiérement, la Loi 196. ne parle que de privileges, & nous parlons de toutes nos Loix en général, de nos uſages, de nos Coutumes. Secondement, de ces privileges il y en a effectivement qui ne paſſent pas aux héritiers, & il y en a qui y paſſent dans le ſens que nous venons de marquer; mais parmi nous, les Loix, les Coutumes dont nous parlons, quoique perſonnelles, donnent aux héritiers des exceptions dont ils peuvent uſer, parce que quoique perſonnelles de la perſonnalité dont il s'agit dans nos queſtions, elles ſont faites *in ordine ad ſocietatem civilem*, & pour raiſon du commerce ordinaire & civil, & dont les exceptions doivent néceſſairement paſſer aux héritiers, *qui ſuccedunt in virtutes & vitia.*

Quand donc nous demandons ſi un Statut eſt perſonnel ou réel, nous n'enviſageons ce Statut que par l'affectation & l'impreſſion qu'il fait ſur la choſe ou ſur la perſonne. Nous diſons qu'un Statut eſt perſonnel, lorſqu'il imprime dans la perſonne un certain état de capacité ou incapacité perſonnelle, lorſqu'il

donne à la personne les facultés habituelles nécessaires pour le commerce de la vie civile, ou lorsqu'il les lui ôte en tout ou partie; & nous le disons réel, quand il ne regle que les choses, & que son objet principal est de déterminer le sort & la destination de ces choses.

## OBSERVATION IV.

NOTRE Auteur parle ici du Statut, qui, sans faire mention des biens, & abstraction faite d'iceux, regle l'état universel de la personne, *universus personæ status aut conditio vertitur citrà rerum adjectionem*, & il dit, que ce Statut est personnel.

Je ne fais pas de difficulté qu'effectivement un pareil Statut est vraiment personnel, & il ne seroit pas possible de le ranger dans une autre classe; mais il faut bien se donner de garde de croire qu'un Statut ne soit personnel, 1°. Qu'autant qu'il regle l'état universel de la personne; 2°. Qu'autant qu'il le regle, abstraction faite des biens.

C'est cependant le langage de nos meilleurs & de presque tous nos Auteurs, qui exigent l'un ou l'autre, & quelques-uns même exigent les deux ensemble.

D'Argentré, sur la Coutume de Bretagne, est du nombre de ceux qui exigent les deux choses. *Denique ut personalia sint Statuta, purè de personarum statu agi oportet, citrà rerum immobilium mixturam, & abstractè ab omni materiâ reali. Art.* 218, *gloss.* 6, *n.* 8, *& au n.* 14. *Personam aliter affici negamus quam cùm de universali personæ statu disponit.*

Burgundus, *tract.* 1°. *n.* 1°. semble n'en exiger qu'une. *Statutorum duo sunt genera, alia personalia, alia realia; realia quæ res ipsas dirigunt à consideratione personæ abstractas, personalia quæ duntaxat personas.*

M. Froland, dans ses Mémoires, sur les Statuts, *pag.* 98, convient que ce terme *universellement*, pris *de universo statu personæ*, n'est pas de l'essence & de la substance du Statut personnel; mais comme il trouve ce terme dans bien des Auteurs, il dit qu'il a deux significations; qu'il peut s'entendre de l'état universel de la personne, mais qu'il peut s'appliquer aussi au Statut, par lequel le Législateur en l'établissant a jetté ses premie-

res vues ſur la perſonne comme leur premier & principal objet, pour fixer ſon état, ſa condition, ſon pouvoir, ſans faire aucune attention aux biens.

Ainſi, ſelon M. Froland, le terme *univerſellement* n'entre pas néceſſairement dans la définition du Statut perſonnel. Il eſt, ſelon lui, des Statuts perſonnels qui reglent *univerſellement* la perſonne ; mais il en eſt encore qui ne s'étendent pas ſi loin, & qui dans leurs diſpoſitions ſe contentent d'enviſager la perſonne, ſon état, ſa condition, ſon pouvoir, ſa capacité, ſans faire aucune attention aux biens.

Il auroit été à déſirer que M. Froland nous eût fait connoître comment le Statut qui regle l'état univerſel de la perſonne, & celui qui regle ſon état, ſa condition, ſon pouvoir & ſa capacité indépendamment des biens, & ſans y faire aucune attention, ſont deux eſpeces de Statuts : car il paroît que l'un & l'autre ne ſont que la même choſe, à moins d'ajouter à la ſeconde eſpece de Statuts quelques termes reſtrictifs, comme de dire qu'il ne regle l'état, la condition, le pouvoir & la capacité de la perſonne que pour quelque Acte ſeulement, comme eſt le Statut Velleien ; mais dans ce cas le terme *univerſellement* ne convient, ni dans l'une, ni dans l'autre ſignification.

Quoi qu'il en ſoit, voici ce que je penſe à cette occaſion. 1°. Il n'eſt pas néceſſaire pour que la Loi ſoit dite être perſonnelle qu'elle regle l'état univerſel de la perſonne, c'eſt-à-dire, qu'elle lui détermine un état généralement pour tous les Actes de la vie civile ; car ſi cela étoit, il faudroit dire que le Statut qui émancipe le mineur, n'eſt pas un Statut perſonnel, puiſque ſi le mineur peut d'une part gérer & adminiſter ſes biens, il reſte d'un autre côté dans l'impuiſſance de les vendre, & que par conſéquent l'émancipation ne regle pas ſon état univerſel.

Le Senatuſconſulte Velleien, qui défend au ſexe feminin de s'obliger pour autrui, ſeroit pareillement un Statut réel, puiſque le Statut ne défend qu'un Acte en particulier, & que le ſexe a la liberté de s'obliger pour ſoi-même, de vendre, d'aliéner, & de faire généralement tous les autres Actes que les Citoyens peuvent faire.

Il en faudroit dire de même du Statut qui permet de teſter, de celui qui permet à un mineur de faire un don mutuel au

profit de ſon Conjoint, & de quantité d'autres Statuts perſonnels qui ne ſont pas univerſels. *Univerſus perſonæ ſtatus aut conditio non vertitur.*

2°. Il ne faut pas dire, que le Statut perſonnel doive régler la perſonne, abſtraction faite des biens; il en eſt peu où il ne ſoit fait mention des biens, & il n'en eſt point qui ne les enviſage & ne les ait en vue.

S'il en étoit autrement, nous avons pluſieurs Coutumes dans le Royaume, qui en réglant l'âge de la majorité ou de la minorité, font un mêlange des biens, & il faudroit mettre ces diſpoſitions de Coutumes dans le rang des diſpoſitions réelles. En voici des exemples.

La nouvelle Coutume de Bretagne, *art.* 483, porte que » l'homme ou femme qui ſont ſous l'âge de vingt-cinq ans, » ſont mineurs, & ne pourront juſqu'audit an accompli, » aliéner, ni diſpoſer de leurs héritages & choſes immeubles, » conſtituer hypotheque, ne prendre avance ſur leurs biens pour » plus d'un an, vendre, ni démolir bois par le pied, &c. »

Par la Coutume générale de la Comté de Ponthieu, *art.* 58, » un fils eſt tenu pour âgé, & habile à gouverner & recevoir le » ſien, l'accroître ou diminuer, & en faire ainſi que bon lui » ſemble, à vendre, & tranſporter ſeſdits biens & héritages, » & à démener ſes cauſes & beſognes, ſoit en demandant ou » défendant, incontinent qu'il a atteint l'âge de quinze ans, » & une fille onze ans complets ». Il en eſt de même des Coutumes du Maine, *art.* 455, & d'Anjou, *art.* 444.

Toutes ces Coutumes font un mêlange de la perſonne & des biens; & ſi le Statut pour être perſonnel devoit faire abſtraction des choſes, il faudroit mettre aſſurément ces Coutumes dans le nombre des Coutumes réelles.

Concluons donc qu'à la vérité un Statut qui régleroit l'état univerſel de la perſonne, & qui feroit abſtraction des biens, ſeroit un Statut perſonnel; mais qu'il n'eſt pas néceſſaire que tous les Statuts perſonnels reglent l'état univerſel de la perſonne, ni qu'ils faſſent abſtraction des biens.

M. Renuſſon en ſon Traité de la garde-noble en fait l'obſerſervation; mais nous ne citerons ſes termes que ſur la note ſuivante.

Il me ſemble néanmoins que l'on peut dire que le Statut perſonnel fait abſtraction des biens, & que le Statut réel fait abſ-

traction de la perſonne, en diſtinguant deux ſortes d'abſtractions dans les Statuts; ſavoir, abſtraction dans les termes, & abſtraction dans l'eſprit du Statut. La premiere eſt lorſque le Statut ordonne & diſpoſe d'une choſe, ſans faire mention d'une autre; dans ce cas, il eſt vrai de dire que le Statut fait abſtraction de la choſe dont il ne fait pas mention. La ſeconde eſt, lorſque le Statut faiſant mention de pluſieurs choſes, ſa principale vue, & ſon premier objet ne ſe portent que vers une des deux, de ſorte que l'autre ne contribue en rien pour former la diſpoſition du Statut.

Pour exemple de la premiere abſtraction, donnons ce Statut. *L'homme eſt majeur à vingt-cinq ans.* Ce Statut fait abſtraction des biens en ce qu'il n'en fait pas mention. En voici un autre. *Les actions qui ont pour objet un meuble, ſont mobiliaires.* Ce Statut fait abſtraction de la perſonne, en ce qu'il n'en fait pas mention.

Pour exemple de la ſeconde abſtraction, nous donnerons ce Statut, *l'homme peut diſpoſer de ſes propres.* Il eſt fait mention dans ce Statut de la perſonne & des biens propres; mais la perſonne n'eſt pas dans la premiere vue, dans l'objet principal du Statut; ce ſont les propres. Dans cet autre, *l'homme eſt majeur à vingt-cinq ans, & peut diſpoſer de ſes biens.* Il eſt fait mention de la perſonne & des biens; mais l'on s'apperçoit aiſément que les biens ne ſont pas dans l'objet principal du Statut, & ne ſont mis dans le Statut, que par conſéquence ſeulement.

Dans la premiere abſtraction, le Satut *omnem vim conſumit*, dans les choſes dont il fait mention. Dans la ſeconde, le Statut *omnem vim conſumit*, dans ce qui en eſt l'objet, & la vue principale.

C'eſt pourquoi d'Argentré ayant remarqué que certains Statuts avoient pour objet de régler les biens, & ce, en vue d'une qualité attachée à la perſonne, il les a dit mixtes. Tel eſt ce Statut de la Coutume de Bretagne, *les fiefs ſe partageront également entre roturiers; mais entre les nobles ils ſe partageront avec prérogatives.* Tel eſt encore celui-ci de pluſieurs de nos Coutumes, *en fiefs les mâles forcloent les femelles.* Dans ces Statuts l'objet eſt le partage des fiefs; mais la qualité des perſonnes nobles ou roturieres, de mâle ou femelle, influe dans leur diſpoſition. D'Argentré a cru que ces Statuts n'étoient, ni

purs réels, ni purs perſonnels; non purs perſonnels, puiſqu'ils ne faiſoient pas abſtraction des biens de la premiere abſtraction, & qu'au contraire ils en faiſoient mention; non purs réels, puiſqu'ils ne faiſoient pas abſtraction des perſonnes de la ſeconde abſtraction, c'eſt-à-dire, puiſque la qualité de la perſonne influoit dans la diſpoſition des biens, & que la vue & l'objet de ces Statuts ne ſe portoit pas uniquement vers les biens, mais que la qualité de la perſonne en changeoit & varioit la diſpoſition. Il les a appellé Statuts mixtes.

Nous avons dit ci-devant que le terme *univerſellement* placé dans la définition des Statuts perſonnels, en devoit être retranché, par la raiſon qu'il y avoit des Statuts qui ne régloient que certains actes particuliers, & qui cependant étoient perſonnels; c'eſt ce qui nous conduit, après avoir critiqué la définition du Statut perſonnel, en tant qu'elle excluroit les Statuts qui ne régleroient que certains Actes, à obſerver que le terme *univerſellement*, qui ne vaut rien dans la définition, eſt excellent & néceſſaire dans la diviſion, parce que les Statuts perſennels doivent ſe diviſer en Statuts perſonnels univerſels, & en Statuts perſonnels particuliers.

Les Statuts perſonnels univerſels ſe ſubdiviſent encore en deux eſpeces; en Statuts perſonnels univerſels qui reglent effectivement l'état univerſel de la perſonne, c'eſt-à-dire, un état qui affecte la perſonne d'une qualité qui s'étend ſur tous les Actes de la ſociété civile, & je les appelle Statuts perſonnels univerſels indéfinis; tels ſont ceux de la majorité, de la minorité, de l'interdiction pour démence, pour prodigalité, & peut-être quelques autres ſemblables.

Mais il eſt des Statuts perſonnels univerſels plus ſubordonnés, en ce qu'ils ne fixent pas l'état de la perſonne, généralement pour tous les Actes de la ſociété civile, mais l'affecte ſeulement d'une qualité dont l'uſage & l'exercice, quoique bornés à une ſeule nature d'Acte, s'étend néanmoins ſur tous les biens de la perſonne, & je les appelle perſonnels univerſels, *ſecundùm quid*. Telle eſt l'émancipation qui donne à un mineur la capacité de gérer & adminiſtrer ſeulement les revenus, mais dont l'adminiſtration s'étend ſur tous les biens, ſans pouvoir d'ailleurs les vendre, les aliéner, ni les hypothéquer.

Ainſi, pour qu'un Statut ſoit dit perſonnel univerſel, il n'eſt pas néceſſaire qu'il regle univerſellement l'état total &

entier de la perſonne ; il ſuffit qu'il affecte la perſonne pour une nature d'Actes qui emporte, dans ſon exercice, une ſorte d'univerſalité, comme il n'eſt pas néceſſaire pour qu'une perſonne ſoit dite ſucceſſeur univerſel, qu'il recueille la totalité des biens du défunt, & qu'il ſuffit qu'il recueille une quotité, ſoit des meubles, ou des acquêts, ou des propres.

C'eſt en ſuppoſant que nos Auteurs ont pris ce terme *univerſellement* dans un ſens général & illimité, & tel que le porte la force du terme, que l'on ſeroit en droit de les arguer ; mais ce n'a jamais pu être leur penſée, & ils n'ont pu entendre le terme *univerſellement*, que pour déſigner les Statuts perſonnels qui influent ſur une plus grande quantité d'Actes de la vie civile.

Mais s'il y a des Statuts perſonnels qui ſont univerſels, il y en a auſſi qui ſont perſonnels particuliers. Nous venons de caractériſer les premiers ; parlons préſentement des ſeconds.

Les Statuts perſonnels particuliers ſont ceux qui affectent les perſonnes pour quelques Actes particuliers ſeulement, en rendant les perſonnes qui ſont capables par état, perſonnellement incapables pour ces Actes particuliers, ou les incapables par état, capables de ces mêmes Actes ; & c'eſt ce que remarque notre Auteur, qui, après avoir employé ces termes, *univerſus perſonæ ſtatus*, dit fort judicieuſement qu'il eſt des Statuts qui défendent ou qui permettent certains Actes particuliers, mais purs perſonnels, tels que ſont les obligations & les engagements de la perſonne, & il place ces Statuts au nombre des Statuts perſonnels, *perſonalium claſſe veniunt.*

Ces Statuts particuliers ſont perſonnels, parce que néceſſairement ils doivent affecter la perſonne. Car ce n'eſt qu'à cauſe de cette affectation qu'ils ſont perſonnels, & ils ſont dits perſonnels particuliers, parce qu'ils n'affectent que pour certains Actes.

Dans ce cas les perſonnes peuvent être affectées de deux états perſonnels, dont l'un univerſel, & l'autre particulier, dérogeant, altérant & changeant quelque choſe à l'état général, & c'eſt ce que dit notre Auteur dans le titre du préſent Chapitre troiſieme. *Quæ in Actus certos conceptæ, ſtatum tamen perſonarum turbant.*

En effet, ſi nous ſuppoſons la perſonne dans un état général de capacité, & que la Loi le déclare incapable pour quelque

acte, comme la femme qui eſt rendue incapable de s'obliger pour autrui, il eſt certain que cette incapacité affecte la femme, puiſqu'elle ne peut pas contracter aucun cautionnement, qui eſt un acte perſonnel. Or ſi d'un côté elle eſt incapable, d'une incapacité particuliere, mais perſonnelle, elle eſt d'un autre côté capable par ſon état général. La voilà donc affectée de deux états contraires, également perſonnels.

Suppoſons au contraire la perſonne incapable d'une incapacité générale & d'état, la Loi la rend capable pour quelque acte particulier. Cette capacité particuliere eſt néceſſairement perſonnelle; car la perſonne incapable par état, eſt rendue capable par cet Acte; elle eſt créée capable, d'incapable qu'elle eſt, & qu'elle reſte toujours par ſon état général, & ainſi elle eſt encore affectée de deux états.

Ces Statuts perſonnels particuliers ſont, ou purs perſonnels, ou perſonnels réels, ſelon l'objet qu'ils peuvent avoir : ſi le ſujet & le matériel ſont purs perſonnels, comme un cautionnement, le Statut eſt pur perſonnel; ſi le ſujet & le matériel ſont réels, comme ſeroit un fonds, le Statut eſt perſonnel réel.

Mais il y a cette différence entre le Statut particulier pur perſonnel, & le Statut particulier perſonnel réel, en ce que le premier ſe porte par-tout, il affecte uniquement la perſonne pour la perſonne. Le ſecond n'affecte la perſonne que pour le fonds dont eſt queſtion, & par cette raiſon je l'appelle, *Statutum perſonale in rem ſcriptum;* qui doit être, par conſéquent, borné aux biens ſitués dans l'étendue du domicile, parce que l'état général de la perſonne ſe porte bien par-tout, & cela pour le bien commun des Nations; mais il n'eſt pas du bien commun des Nations que l'état particulier de la perſonne ſe porte par-tout, quand cet état n'a pour objet que quelque fonds, parce que les différentes Loix des différentes ſituations des biens, ont chacune droit de régir les fonds, raiſon pour laquelle j'appelle ces ſortes de capacités, des capacités perſonnelles réelles.

Mais on m'oppoſera peut-être, que puiſque le Statut perſonnel univerſel ſe porte par-tout, & regle indirectement, & par conſéquence les biens ſitués ailleurs, il faut dire la même choſe du Statut particulier perſonnel réel; mais nous avons déja répondu que le bien commun des Nations exigeoit l'un, & n'exigeoit pas l'autre.

En effet le Statut perſonnel univerſel eſt de diſpoſition néceſſaire

ceſſaire & indiſpenſable, & il eſt encore indiſpenſable que les différentes Nations déferent à ce Statut, parce que l'on ſent quelle confuſion il y auroit dans la ſociété, s'il en étoit autrement, & qu'en cela les Nations ne déferent qu'à l'état de la perſonne; au lieu que quand le Statut n'eſt que perſonnel particulier réel, il renferme une diſpoſition particuliere qui n'eſt jamais qu'un arrangement ſingulier qui regarde la diſpoſition d'un fonds, & les autres Nations ne ſont pas obligées de déférer à cet arrangement ſingulier.

J'en excepte pourtant le cas, où le Statut perſonnel particulier réel ſeroit fondé ſur un motif de piété indiſpenſable, comme s'il étoit permis à un mineur de vendre ſon fonds pour tirer ſon pere d'eſclavage : car ſi une pareille permiſſion ne renferme qu'un arrangement particulier, & ſi elle n'eſt pas écrite nommément dans toutes nos Coutumes, elle y eſt tacitement écrite & ſuppléée; & le motif ſur lequel elle eſt fondée, eſt de toutes les Nations, même les moins policées.

Quand l'état univerſel d'une perſonne eſt un état de capacité, le Statut perſonnel particulier dont il peut être affecté, eſt toujours négatif & de prohibition.

La raiſon en eſt que le capable par état peut tous les Actes de la vie civile. Son pouvoir eſt général; & s'il eſt empêché de faire quelques-uns de ces Actes, il ne peut être affecté par cette prohibition particuliere qu'autant qu'elle dérange ſon état en quelque choſe, & elle ne ſauroit le déranger qu'en lui interdiſant quelque Acte perſonnel : car ſi l'Acte prohibé à un capable, eſt réel, la perſonne n'eſt pas affectée par ce Statut prohibitif, qui n'a pour objet que les biens. Elle eſt arrêtée ſeulement dans l'exercice de certains Actes que lui permet ſon état de capacité.

Mais ſi la Loi défend à une femme majeure de s'obliger pour autrui, cette défenſe qui regarde un Acte pur perſonnel, eſt perſonnelle, & affecte la femme d'une incapacité particuliere perſonnelle.

On voit donc qu'à l'égard d'un capable par état, le Statut perſonnel particulier qui dérange ſon état, doit être néceſſairement négatif prohibitif.

Quand au contraire l'état général d'une perſonne eſt un état d'incapacité, le Statut perſonnel particulier dont il peut être affecté, eſt un Statut permiſſif affirmatif, parce qu'il faut que

ce Statut lui permette ce que ſon état général lui défend, & qu'il le releve de ſon incapacité d'état pour un Acte particulier.

Ce Statut perſonnel particulier eſt purement perſonnel, quand il a pour objet quelque Acte perſonnel, & il eſt perſonnel réel, quand il a pour objet quelque fonds.

Il eſt perſonnel en ce qu'il habilite l'incapable, & il eſt perſonnel réel en ce que cette habilité ſe borne à un fonds & à une diſpoſition d'une certaine eſpece de biens. Tel eſt le pouvoir accordé à un mineur de diſpoſer par don mutuel au profit de ſon Conjoint.

Il eſt donc important de ne pas confondre les Loix pures réelles avec les Loix que nous nommons ici perſonnelles réelles. Les premieres n'affectent pas les perſonnes, & c'eſt ce qui fait que ces perſonnes ne ſouffrent aucune altération dans leur état : elles ne ſont qu'arrêtées dans l'exercice de quelques-uns des Actes de leur état. Un homme qui eſt *ſui Juris*, & à qui il eſt prohibé, par exemple, d'aliéner les deux tiers de ſes propres, n'en eſt pas moins *ſui Juris;* raiſon pour laquelle il porte ſon état général par-tout ailleurs, où il n'y a pas pareille prohibition. Les ſecondes, au contraire, affectent les perſonnes en leur donnant une capacité que leur refuſe leur état général, comme celle qu'un mineur marié peut avoir de faire un don mutuel avec ſon Conjoint.

Le Statut perſonnel réel doit être, ſelon la rigueur, renfermé dans le lieu du domicile, comme nous l'avons obſervé, & ne s'étend pas ailleurs. Il y a pourtant une exception que je crois néceſſaire, qui eſt lorſque la Loi de la ſituation admet, ou expreſſément, ou tacitement un pareil Statut particulier : car en ce cas les Loix de ces différents endroits fraterniſant par l'adoption expreſſe ou tacite des mêmes Loix, elles ſe prêtent mutuellement la main à titre de fraternité. C'eſt ainſi que la perſonne qui a capacité de teſter par la Loi de ſon domicile, pourra teſter des biens ſitués ailleurs, ſi dans cet endroit on y admet la même capacité; non pas qu'il le puiſſe de droit, mais, comme nous venons de le dire, par pure fraternité, & parce que ces Loix uniformes ne ſe nuiſent point & ne dérangent rien. C'eſt encore ainſi que le mineur marié qui, par la Loi de ſon domicile, peut faire un don mutuel avec ſon Conjoint, pourra y faire entrer les biens ſitués en Coutumes qui permet-

tent à des mineurs pareil don mutuel. *Voyez cette matiere traitée plus amplement, Obſerv.* 13.

Mais comment diſtinguerons-nous quand le Statut eſt réel ou perſonnel ? C'eſt ce que nous verrons dans l'obſervation ſuivante.

Nos Auteurs apportent communément pour exemple des Statuts perſonnels, la Loi qui fixe la majorité ou la minorité ; celle qui émancipe ou qui interdit ; celle qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari ; mais j'en remarque encore quantité d'autres.

Je mets au nombre des Statuts perſonnels,

Ceux qui décident de la naiſſance légitime ou illégitime des enfants.

Ceux qui d'illégitimes les rendent légitimes.

Les excommunications qui retranchent de la Communion de l'Egliſe.

Les Statuts qui prononcent une mort civile ou une note d'infamie.

Les Lettres du Prince qui rétabliſſent dans la bonne fame & renommée.

Les Statuts qui déclarent un homme noble ou roturier.

Ceux qui mettent les enfants ſous la puiſſance de leur pere ou de leur tuteur.

Ceux qui déclarent aubains & étrangers.

Ceux qui naturaliſent.

De tous ces Statuts il en eſt qui affectent les perſonnes dès le moment de leur naiſſance, mais les uns pour un temps ſeulement, indépendamment de tout changement de domicile. Tel eſt le Statut de la minorité ; & les autres qui les affectent pour toujours. Tels ſont ceux qui déclarent noble ou roturier, légitime ou batard, naturel François ou étranger.

Il en eſt d'autres qui affectant les perſonnes par leur naiſſance, d'une certaine qualité, les affectent d'une autre par la ſeule ſucceſſion des temps. Tels ſont les Statuts qui déclarent majeurs ceux qui ont atteint un certain âge.

Il y en a encore qui affectent les perſonnes par la ſurvenance de faits nouveaux, en ſorte que ces perſonnes ceſſent d'être de la condition dont elles étoient auparavant, & néanmoins reprennent leur ancienne condition, quand ces faits nouveaux ceſſent. Tel eſt le jugement de l'interdiction pour démence &

pour prodigalité ; celui qui prononce mort civile, &c. ceux qui levent l'interdiction, attendu la résipiscence, qui enthérinnent les lettres de grace accordées par le Prince.

Il en est d'autres qui n'affectent les personnes qu'à raison du domicile, & qu'autant de temps qu'elles sont établies dans un lieu. Tel est le Statut qui met la femme sous la puissance de son mari ; celui qui lui défend de s'obliger pour autrui.

Enfin il est des Statuts où la Loi seule ordonne sans le ministere de l'homme ; & il en est qui reglent le ministere de l'homme, & qui ne tombent en discussion qu'autant que l'homme a agi & disposé.

Examinons tout ceci en particulier.

### *Statut de la Majorité & de la Minorité.*

Les premiers Statuts dont nous avons parlé, sont ceux de la Majorité & de la Minorité. Ces Statuts sont personnels, & chacun sent qu'ils forment l'état & la condition des personnes ; que ces états de majeur ou mineur sont nécessaires dans la société qui est composée de particuliers, dont les uns n'ont pas encore l'esprit & le jugement formés, & dont les autres qui ont acquis la maturité, sont en état de se conduire & de gérer leurs affaires.

S'il avoit fallu décider de la capacité de la personne par la maturité de son esprit, dans quelle discussion & dans quel examen n'auroit-il pas fallu entrer ? Y a-t-il quelqu'un, si stupide qu'il soit, qui ne se croie avoir de l'esprit ? Y en a-t-il de si léger & si volage, qui ne s'attribue de la prudence, de la raison & du jugement ? Chacun veut-il démordre sur ces articles ? & à quelles contestations n'auroit-on pas été exposé, si les Loix n'étoient pas venues au secours ? C'est pourquoi les Législateurs qui connoissoient le génie de ceux qu'ils gouvernoient, ont fixé & déterminé la majorité à l'âge qui leur a paru être plus universellement celui où leurs sujets étoient capables de gérer leurs affaires. Nous rapporterons, *Observ.* 6, ce que d'Argentré a si énergiquement exprimé à cette occasion.

C'est delà que les différentes Loix des Nations, des Royaumes & des Provinces, n'ont pas déterminé au même âge la durée de la minorité, & par conséquent l'âge où on est maître de ses droits & de ses biens. Nous voyons que dans certaines

Coutumes la majorité eſt avancée ou reculée ; d'où il arrive que tels ſont mineurs dans une Coutume qui ſeroient majeurs dans une autre.

Delà la néceſſité d'examiner quelle Coutume doit déterminer la majorité ou la minorité, & ſur cette queſtion, il ne peut y avoir de combat qu'entre la Coutume du domicile actuel, & celle au jour de la naiſſance.

Dans mes diſſertations mixtes, j'ai fait voir que c'étoit le domicile des peres & meres au jour de la naiſſance, qui devoit l'emporter, parce que la Loi acquéroit ſur un enfant qui naît de parents domiciliés dans l'étendue de ſon territoire, un droit de veiller ſur lui, juſqu'à ce qu'il puiſſe veiller pour lui-même, & que ce Droit de protection la met en état de ſuivre cet enfant par-tout où il peut aller, juſqu'au temps marqué & déterminé par les Loix de ſa naiſſance pour diſpoſer de lui-même.

Je dis le domicile des peres & meres au jour de la naiſſance, pour en exclure un lieu de hazard où l'enfant pourroit être né fortuitement. C'eſt ce que j'ai fait voir dans mes diſſertations mixtes.

Je ſais que communément nos Auteurs ne ſe déterminent pas par le domicile du pere au jour de la naiſſance de l'enfant. Rodenburgh lui-même a eſtimé que l'état de majeur ou de mineur dépendoit du domicile actuel au jour que la queſtion pouvoit s'en agiter. Burgundus l'a penſé comme lui. *Tract.* 2, *n.* 6, *Conditio perſonæ à cauſâ domicilii tota regitur..... proindè ut ſciamus quâ ætate minor contrahere poſſit, reſpicere oportet ad legem domicilii..... conſequenter dicamus, ſi mutaverit domicilium perſona, novi domicilii conditionem induere.*

D'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 47, donne comme une eſpece de maxime, que le lieu de la naiſſance ne ſe conſidere jamais. *Locus originis nuſquàm in foro conſiderationem habet, cùm aliud domicilium proponitur.* Voyez encore l'autorité de Lauterback, rapportée, *Obſ.* 32. Je ne ſais ſi l'avis de ces Auteurs ne prévaudroit pas parmi nous.

Cependant le lieu de la naiſſance imprime certainement dans le ſujet une note qui eſt indélébile ; & s'il eſt le maître par la ſuite d'aller où bon lui ſemble, c'eſt autant que la Loi le lui permet, & elle ne le perd de vue que quand elle l'a jugé capable de diſpoſer de ſa perſonne. *Domicilium naturale vèl ori-*

*ginis, de jure communi immutabile eſt, adeò ut renunciatio civis, & tranſlatio domicilii nihil operentur, eò quod jura naturalia ſint immutabilia; quocumquè ſe transfert civis originarius, nihilominùs jus originis retinet.* Gaill, *pract. obſ. liv.* 2, *cap.* 36.

On a, à cette occaſion, agité quel eſt l'Evêque de l'Ordination. Un homme eſt né à Paris, ſes pere & mere étoient domiciliés à Rouen, & il a un Bénéfice dans le Dioceſe de Sens; mais depuis qu'il eſt majeur, il a toujours demeuré dans le Dioceſe de Tours.

Dans cette eſpece, voilà quatre Dioceſes, Dioceſe où il eſt né, Dioceſe où il a été élevé, celui où il a un Bénéfice, & celui qu'il s'eſt choiſi à lui-même depuis ſa majorité.

Il paroît que dans cette matiere on n'a jamais conſidéré que trois ſortes de Dioceſes, celui de la naiſſance, celui du domicile actuel & celui du Bénéfice. Et le Pape Boniface VIII les a également admis, *cap.* 3, *de temp. ordinat. in* 6°. Cette décrét. eſt admiſe parmi nous. Voyez M. Gibert, Docteur en Théologie, & Canoniſte en ſes Conſult. ſur le Sacrement de l'Ordre, *to.* 2, *conſult.* 7, où il fait voir qu'elle a été reçue; il eſt certain du moins que le Dioceſe de la naiſſance & celui du Bénéfice, ne ſont pas conteſtés.

Ce Statut de la majorité ou de la minorité, eſt du nombre de ceux qui agiſſent de leur ſeule autorité. L'homme parvenu à l'âge marqué eſt majeur auſſi-tôt & de plein droit. Ce Statut, qui, ſelon moi, eſt celui de la naiſſance, eſt du nombre de ceux qui ſont indépendants de tout changement de domicile.

Si la majorité ou la minorité dépendent du lieu de la naiſſance, le mineur ne peut être émancipé d'une émancipation légale, qu'autant que la Loi de la naiſſance admettra une pareille émancipation.

C'eſt pourquoi ſuppoſons qu'un homme ſoit né dans le pays Coutumier, ou dans les pays du Droit écrit, reſſortiſſants au Parlement de Paris, dans tous leſquels endroits le Mariage émancipe; & que n'étant pas âgé de vingt-cinq ans, il aille avec ſes pere & mere demeurer dans des Parlements où le Mariage n'émancipe pas.

Pour ſavoir ſi ce mineur eſt émancipé par le mariage, il ne faudra pas, ſi l'on veut ſuivre une exacte logique & une ſuite de principes, conſulter la Loi du domicile actuel des pere & mere, mais bien le domicile de la naiſſance, le mineur ne

pouvant être émancipé par la Loi, ſi ce n'eſt par celle qui régit le mineur juſqu'à ſa majorité. Cependant je doute que cela fût ſuivi à cauſe des conſéquences pour le commerce & la vie civile. *Voyez l'Obſerv.* 32.

Il ne faut pas ici confondre l'émancipation légale avec celle que le Prince peut accorder par lettres; car le Prince a droit ſur tous ſes ſujets, & peut leur diſtribuer ſes graces comme il lui plaît; mais comme il renvoie aux Juges la connoiſſance des faits ſur leſquels il accorde le Bénéfice, ce Bénéfice qui doit être à cet égard examiné, diſcuté & enthériné judiciairement, doit l'être par le Juge du domicile actuel; parce que le domicile rend le ſujet, ſon juſticiable : c'eſt la raiſon pour laquelle par la Déclaration du 19 Juillet 1704, les Lettres & Actes d'émancipation doivent être inſinués au Greffe du lieu du domicile des impétrants, *art.* 7.

Notre Auteur, dans ſon Traité, *De Jure Conjugum, tit. quomodo minor per matrimonium fit major*, remarque que dans la meilleure partie de la Hollande, le Mariage émancipe pleinement, & que les Conjoints même mineurs peuvent, lorſqu'ils ont des enfants, tout ce que peuvent les majeurs en ce qui eſt de leurs biens, c'eſt-à-dire, les vendre & les aliéner; mais que dans pluſieurs autres endroits de la même Province, le Mariage n'émancipe le mineur que pour la ſimple geſtion & adminiſtration, tant de ſes biens, que de ceux de ſa femme.

Parmi nous cette émancipation de la Loi fait ceſſer la tutele, & cela par une raiſon tirée de l'état des Conjoints, qui commencent une famille dont ils ſont les chefs, & qui ont beſoin par conſéquent de régir & adminiſtrer leurs biens par eux-mêmes, pour diriger & ſoutenir cette nouvelle famille; mais elle ne donne pas le pouvoir de vendre les fonds; ce pouvoir dans de jeunes gens étant plus propre à détruire qu'à édifier.

Il n'eſt pas hors de propos d'obſerver en cet endroit, que l'âge de la majorité qui eſt par le droit général de nos Coutumes fixé à vingt-cinq ans accomplis, ſemble dans certaines Coutumes être devancé, & on peut entre ces dernieres Coutumes en diſtinguer de deux ſortes.

La premiere eſt de celles qui ont déterminé & fixé la majorité parfaite & entiere à vingt ans, de maniere que dans ces Coutumes, ceux qui ont vingt ans, peuvent tout ce que peuvent dans les autres Coutumes, ceux qui ont vingt-cinq ans, c'eſt-à-

dire, qu'ils peuvent vendre, aliéner leurs fonds comme tous les autres, ſans aucun décret du Juge, & ſans eſpérance de reſtitution pour cauſe de minorité. Telle eſt inconteſtablement la Juriſprudence du Parlement de Normandie, en conſéquence de *l'art.* 38, des placités du 16 Avril 1666 : dans cette Coutume, vingt ans font une majorité parfaite, excepté pour le pouvoir de contracter mariage. Voyez la Déclaration de 1639: au ſurplus les notes de M. Ch. du Molin ſur *l'art.* 54 de la Coutume de Dreux, & *l'art.* 444 de celle d'Anjou, ſembleroient mettre ces deux Coutumes dans la même claſſe que celle de Normandie.

La ſeconde eſpece de Coutumes eſt de celles où la majorité eſt fixée à quinze, dix-huit & vingt ans; mais où cette majorité n'a force que d'une émancipation légale, de ſorte qu'avant vingt-cinq ans, les mâles comme les femelles peuvent bien s'obliger ſauf la reſtitution, mais ne peuvent vendre, aliéner leurs fonds, ni même les hypothéquer notablement à peine de nullité. C'eſt le ſujet de la note de M. Ch. du Molin, ſur *l'art.* premier du Chap. 4 des Coutumes de la Ville, Taille, Banlieue & Echevinage de Lille. *Salvâ in integrum reſtitutione notabilis læſionis, & alienatione, vel hipothecâ immobili, hæc conſuetudo à Jure communi exhorbitans, non debet intelligi efficacior beneficio Principis.*

La Coutume d'Artois paroîtroit être une Coutume de majorité parfaite; mais voyez l'Arrêt du 13 Juillet 1710, rapporté dans le nouveau Traité des minorités, & ſur-tout les Arrêts rapportés par M. Maillard, *art.* 154, de la Coutume d'Artois, *pag.* 882, de l'édition de 1739.

Je trouve que la Loi 49, *ff. de minoribus*, contient une diſpoſition aſſez ſemblable à celle d'Artois. *Si res pupillaris, vel adoleſcentis diſtracta fuerit quam Lex diſtrahi non prohibet, venditio quidem valet; verumtamen ſi grande damnum pupilli, vel adoleſcentis verſatur, etiàm ſi colluſio non interceſſit, diſtractio per in integrum reſtitutionem revocatur.* Et néanmoins dans la Coutume d'Artois, on a donné un Curateur à un mineur, majeur de vingt ans, pour pouvoir procéder comme partie dans un procès pendant en la deuxieme Chambre des Enquêtes, par Arrêt rendu ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, le 2 Août 1724.

M. d'Argentré, *art.* 457, de l'ancienne Coutume de Bretagne,

tagne, ſe récrie fort contre cette diſtinction, que M. Ch. du Molin met entre nos Coutumes, & il prétend que dès que la Loi déclare un homme majeur à quelque âge que ce ſoit, il doit être jugé par toutes les Loix des majeurs. *Atqui conſentaneum fuit redditâ in totum habili contrahentis perſonâ, nihil iſtorum ſupereſſe, ſi quid cauſæ quod majoribus opitulari ſoleat, eam talibus non denegari.*

Soit que la majorité avancée & fixée à vingt ans, ſoit regardée comme une majorité parfaite, ſoit qu'elle ne ſoit regardée que comme une émancipation légale, il eſt toujours certain qu'elle forme un état pour la perſonne qui doit ſe porter par-tout, & agir ſur les biens en quelques Coutumes qu'ils ſoient ſitués, ſelon l'étendue de la diſpoſition de la Coutume du domicile, puiſque ces Loix donnant une faculté, les unes de gérer & adminiſtrer ſeulement, les autres de vendre & aliéner, une telle faculté ne peut qu'être très-perſonnelle, & forme l'état de la perſonne qui ſe porte par-tout. C'eſt pourquoi je ſuis ſurpris d'une déciſion qui ſe rencontre ſous ma main dans le Rat, en ſa Préface ſur les fiefs de la Coutume de Poitou, N. 1^er^. *in fine.* Cet Auteur s'appuie ſur Barth. Bald. Ancharanus, &c. & prétend que toutes les majorités ainſi avancées, n'operent que dans le lieu du Statut, & pour les biens qui y ſont ſitués. *Quod ſi Statuto cavetur viginti quinque annis minorem, majorem tamen viginti, alienare immobilia poſſe ſinè decreto æquè viginti quinque annis majorem, hoc quidem caſu Statutum hoc porrigi non debere ad bona quæ minor habeat extrà diſtrictum. Tametſi enim conſuetudo, vel Statutum poſſit habilem, idoneumque minorem conſtituere, ut ubique contrahere poſſit, id tamen ad eas res referendum eſt, quæ conſuetudinis ipſius loco continentur, nec eſt ad bona extrà Provinciam porrigendum ;* mais je ne ſaurois me rendre à cette déciſion.

En effet ſi ce Statut rend le ſujet âgé de vingt ans, majeur d'une majorité telle qu'il puiſſe aliéner généralement tous ſes biens meubles & immeubles, ſitués dans le lieu de ſon domicile, ce Statut conſtitue la perſonne dans un état vraiment perſonnel, qui doit par conſéquent ſe porter par-tout : car ſi ce Statut ne donnoit pas une majorité parfaite, & ne communiquoit au ſujet que le privilege d'une émancipation légale, je ne conçois pas comment il pourroit aliéner ſes immeubles, ſitués même dans le lieu de ſon domicile.

Il eſt vrai que ſi la Loi du domicile laiſſoit un mineur dans ſon état de minorité, en lui donnant néanmoins une faculté particuliere d'aliéner ſes immeubles, cette diſpoſition bizarre & extraordinaire ſeroit effectivement renfermée dans le territoire du Légiſlateur, parce que l'état foncier du Sujet ſeroit un état de minorité; mais le Statut, dont le Rat parle, déclare le Sujet âgé de vingt ans, auſſi majeur que ceux qui en ont vingt-cinq, & par conſéquent il doit porter ſon état par-tout, ſuivant la déciſion de d'Argentré ci-deſſus.

C'eſt pourquoi Voët en ſon Traité *de Statutis*, Sect. 4, Cap. 3, n. 3, en parlant du Statut d'Utrecht, qui fixe la majorité parfaite à vingt ans, convient que l'intention du Légiſlateur étant d'habiliter les perſonnes, ce Statut eſt perſonnel, *quia ſtatuentium ſcopus eſt, de Jure civili inhabiles eaſque primò & per ſe afficere aliquâ qualitate, perſonale Statutum erit dicendum.*

Il eſt vrai que cet Auteur n'oſe pas dire que la majorité même parfaite & fixée à vingt ans, s'étende au-delà du territoire; & en avouant que tel eſt néanmoins l'avis du grand nombre, il ne peut adopter cet avis qu'il croit être contraire aux principes. *Verum eo ipſo ſemet extendat extrà ſtatuentis territorium, idque ad omnem Juris effectum, ſic ut illa qualitas perſonam comitetur ubiquè locorum, id equidem admodùm dubium eſt; & licet id permulti velint, illis tamen invitâ Juriſprudentiâ non potero aſſentiri per allegata ſuperiùs.*

Mais il ne faut pas être ſurpris de ce que cet Auteur penſe ainſi. Il eſt dans le principe, que le Statut perſonnel ne doit pas s'étendre aux biens ſitués ailleurs: *Quarta regula eſt; Statutum perſonale ubiquè locorum perſonam comitatur in ordine ad bona intrà territorium ſtatuentis ſita, ubi perſona affecta domicilium habet, non tamèn Statutum perſonale ſeſe regulariter extendet ad bona immobilia alibì ſita, Sect. 4, Cap. 2, n. 6 & au n. 7.* Il ne veut pas même que le Statut perſonnel s'étende *indirectè, & per conſequentiam*, ſur les biens ſitués ailleurs.

Ainſi, ſelon ces Auteurs, le Statut perſonnel affecte la perſonne: cette affectation l'accompagne par-tout, de ſorte que par-tout il ſera tel que le preſcrit le Statut, & il pourra agir comme tel; bien entendu qu'à l'égard des immeubles, la perſonne n'en pourra diſpoſer, s'ils ſont ſitués ailleurs, qu'autant que la Loi de la ſituation lui donnera la même capacité d'état,

qui, ſans cela, eſt reſtreinte aux biens ſitués dans le lieu du domicile. Voyez Challine, en ſa Méthode générale des Coutumes, 14^e^ regle, premiere partie, exempl. 1, 2 & 3.

*Statut de l'Interdiction.*

Le Statut qui interdit, ſoit pour démence, ſoit pour prodigalité, eſt un Statut perſonnel. C'eſt un droit commun, & de toutes les Nations, parce qu'en effet pour gérer, pour vendre & faire les autres Actes de la Société, il faut de la volonté. Les gens en démence & les imbécilles n'en ont aucune; & quant aux prodigues, la leur eſt dépravée & mal ordonnée.

Ainſi ce Statut eſt du nombre de ceux qui ſont indépendants de tous changements de domiciles; mais qui ne ſubſiſtent qu'autant que le vice de l'eſprit ſubſiſte, en ſorte que ſi l'imbécille, l'homme en démence, en fureur, ſi le prodigue, ceſſoient d'être affectés de ces vices, ils pourroient être rétablis dans leurs droits; ce qui doit ſe faire pardevant le Juge du domicile actuel, en grande connoiſſance de cauſe : car il n'eſt pas ordinaire, en ce qui regarde les imbécilles, ou gens en démence, qu'ils recouvrent jamais bien parfaitement la raiſon qu'ils avoient perdue, & en ce qui regarde les interdits pour prodigalité, qu'ils rentrent en eux-mêmes; car la prodigalité eſt une dépravation de l'eſprit & du cœur. Le Juriſconſulte *Paulus recept. ſent. tit. 5 de Teſtam. verb. moribus* 9, l'appelle *nequitia.* Il eſt vrai qu'on peut revenir à récipiſcence; mais cela eſt toujours ſujet à examen.

Je mets au nombre des Statuts perſonnels l'interdiction faite à un Plaideur de profeſſion de plaider ſans l'avis d'un Conſeil. Ces ſortes d'interdictions ne ſe prononcent jamais, que l'eſprit de la perſonne ne ſoit mal affecté. C'eſt un dérangement d'eſprit de ne pouvoir jamais ſe faire juſtice à ſoi-même, & de ne pouvoir la faire aux autres. C'eſt une véritable prodigalité que de manger ainſi ſon bien en procès. Il y a dans l'amour du procès, comme dans la prodigalité, corruption du cœur & de l'eſprit.

Il eſt encore d'autres interdictions qui proviennent de différentes cauſes. Il y en a qui ont pour cauſe des malverſations criminelles dans des fonctions publiques, & pour raiſon deſquelles l'Officier eſt déclaré incapable & interdit de toutes

fonctions pour toujours. Ces ſortes d'interdictions qui emportent infamie, affectent la perſonne; elle eſt infame partout. *Silentium quod irrogatur cum infamiâ, aufert jus poſtulandi pro omnibus, hoc eſt jus poſtulandi ubiquè gentium.* Cujas ſur la Loi 9, ff. *de poſtulando.* Voyez ce que nous allons dire, dans un moment, ſur l'infame.

Il eſt des interdictions qui ont pour cauſe, ou l'ignorance de ce que l'on devroit ſavoir pour bien remplir des fonctions publiques, ou l'inattention & la précipitation qui font commettre des fautes qui méritent quelque correction, ou même une prévarication qui n'eſt pas ſans quelque malice. Dans tous ces cas on punit l'Officier de l'interdiction dans ſes fonctions, pour un temps, qui eſt plus, ou moins long, ſelon que la faute eſt plus, ou moins grave. Ces ſortes d'interdictions n'emportent pas infamie : *irrogatur ſalvâ exiſtimatione, & non aufert jus poſtulandi ubiquè gentium*, dit M. Cujas ſur la même Loi; mais ſi ces ſortes d'interdictions n'emportent pas d'infamie, ainſi que la Loi 3, *ex quibus cauſis infam. irrog.* le dit préciſément, *ſi Proconſul ordine Decurionum te biennio abſtinere juſſerit, tranſacto tempore, non eſſe te in numero infamium palam eſt*, on ne peut pas dire que ces interdictions, qui font preuve d'une faute grave, ne notent pas les perſonnes, *apud graves viros;* & elles ne ſauroient être notées, qu'elles ne ſoient affectées dans leurs perſonnes, & qu'elles ne ſoient telles par-tout.

Enfin il eſt des interdictions même perpétuelles qui réſultent de contraventions faites dans l'uſage de certaines permiſſions que les Juges de Police accordent à différentes perſonnes, comme ſont des Commiſſionnaires, & tous ceux à qui on accorde des permiſſions de ſervir le Public en certaines choſes : ſi ces gens prévariquent, on leur fait défenſe d'exercer leſdites Commiſſions, on révoque leurs permiſſions, & cela pour les lieux où ils travailloient. Ces ſortes d'interdictions n'emportent pas d'infamie, & ces Jugements n'ont force que dans l'étendue de la Juriſdiction du Juge qui les prononce. *Ex eâ cauſâ prohibitus pro alio poſtulare, quia infamiam non irrogat, ideòque jus prò omnibus poſtulandi non aufert; in eâ tantùm provinciâ pro aliis non rectè poſtulat, in quâ præſes fuit qui ſententiam dixit; in aliâ verò non prohibetur, licet ejuſdem nominis ſit. L. 9, de Poſtul.* Mais je ne me fierois pas, en toute autre choſe, à ces ſortes de gens. *Habent fœnum in*

*cornu*, & je les regarde comme affectées d'une note qui m'avertit de m'en méfier.

### *Statut de la Puiſſance Maritale.*

Quant au Statut qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, il eſt du nombre de ceux qui, ſelon moi, dépendent abſolument du domicile actuel, & qui n'affectent les perſonnes, qu'autant de temps qu'elles ſont domiciliées dans l'étendue du Statut, de ſorte que la femme changeant de domicile, peut ceſſer d'être ſous l'autorité de ſon mari, & elle peut y retomber, ſi elle retourne dans ſon premier domicile, ou dans un autre ſemblable.

Cette dépendance de la femme eſt variée, & plus ou moins étendue, ſuivant les différentes Coutumes.

Notre Auteur nous apprend qu'en Hollande, la femme ne peut pas s'obliger ſans l'autoriſation de ſon mari; mais que ſon obligation contractée ſans cette autoriſation, n'eſt pas nulle, & qu'elle peut être miſe à exécution contr'elle après le décès de ſon mari.

*His poſitis*, une femme domiciliée en Hollande, qui aura contracté ſans autoriſation, & dont l'obligation n'eſt pas nulle, va depuis s'établir dans un autre endroit où le défaut d'autoriſation annulle les engagements de la femme; cette femme pourra néanmoins être pourſuivie après le décès de ſon mari, pour raiſon de l'obligation qu'elle aura contractée en Hollande, parce que c'eſt le lieu du domicile où l'obligation a été contractée, qu'il faut uniquement regarder. C'eſt la Loi de ce lieu qui a décidé de ſon état perſonnel, & par conſéquent de la validité de ſon obligation. Le changement de domicile change les habitudes civiles que nous ne tenions auparavant que de la Loi de l'ancien domicile, mais ne ſauroit annuller ce qui eſt bon dans ſon principe.

La Coutume de Bayonne, tit. 9, art. 39, & celle de Bretagne, tit. 20, art. 447, paroiſſent aſſez conformes à ce qui s'obſerve en Hollande. Ces Coutumes veulent que ſi la femme s'oblige durant le mariage, ſans le conſentement exprès & l'autorité de ſon mari, le Créancier, après le décès de l'un d'eux, ſoit payé ſur les biens de la femme, nonobſtant le droit ſucceſſif des prochains Lignagers, & toute donation, ou aſſi-

gnation faite par ladite femme, depuis la dette par elle faite. *Voyez l'Obſerv. 23 ci-après, & l'Obſerv. 32.*

*Statut de la légitimité de la naiſſance.*

Quant aux Statuts qui décident de la naiſſance légitime ou illégitime des enfants, ce ſont ordinairement des Loix publiques & politiques de tout un Royaume; & en cette matiere, il eſt une maxime reconnue de toutes les Nations policées, qui eſt le repos & la tranquillité des états & des familles. *Pater eſt quem juſtæ nuptiæ demonſtrant.* Quand un enfant vient au monde pendant un Mariage légitimement & valablement contracté, il eſt dès lors & de plein droit le fruit du mariage, & l'enfant de celui qui a épouſé ſa mere, *ſi non jure ſeminis, ſaltem jure ſoli*, & comme fruit d'un terroir qui lui appartient, dit Henrys, *Liv. 6, quæſt. 38, in fine.* Ainſi la condition & l'état des enfants, dépend à cet égard de l'obſervation des Loix preſcrites pour la validité des Mariages; & ces Loix ſont faites principalement pour les perſonnes, & pour aſſurer leur état perſonnel, en ſorte qu'un homme déclaré légitime ou batard par un jugement compétent, porte cet état par-tout où il peut aller; & cet état eſt du nombre de ceux qui ſont indépendants de tout changement de domicile, parce que ce n'eſt pas la Loi particuliere du domicile qui détermine cet état, mais les Loix publiques de toutes les Nations.

C'eſt pourquoi ſi par les Loix d'un Royaume, un homme né batard eſt légitimé par un Mariage ſubſéquent, ou au contraire, ſi par les Loix du Royaume, tel Mariage ſubſéquent ne légitime pas comme en Angleterre, je ſuis perſuadé que le François légitimé de cette maniere, doit être regardé comme légitime par-tout, même en Angleterre, & que le batard Anglois non légitimé en Angleterre par le Mariage, doit être tenu pour batard même en France.

J'applique encore cette déciſion à un enfant Anglois né en Angleterre d'un concubinage, & dont les pere & mere Anglois ſeroient venus demeurer en France, & y auroient été mariés ſans s'y être fait naturaliſer, parce qu'étant véritablement étrangers, & comme tels ſoumis aux Loix d'Angleterre, leur enfant ne peut pas être ſuivant ces Loix, batard en Angleterre de naiſſance, & être regardé comme légitime en France, parce

qu'il porte par-tout l'état & la condition dont il eſt par les Loix de ſa Nation.

Si depuis la naiſſance de cet enfant, né en Angleterre de pere & mere Anglois, les pere & mere s'étoient fait naturaliſer en France, eux & leur enfant, & qu'ils euſſent depuis contracté Mariage, faudroit-il dès-lors regarder cet enfant comme légitimé par le Mariage ſubſéquent ? J'eſtimerois l'affirmative. Ma raiſon eſt que dès que les pere & mere, & leur enfant ont été naturaliſés, ils ſont rendus participants de tous les Droits ordinaires, & de Droit commun de la Nation. Or, la légitimation, *per ſubſequens matrimonium*, introduite par l'Empereur Conſtantin, confirmée par Juſtinien, autoriſée par le Droit canonique, eſt un Droit admis dans nos mœurs par la Juriſprudence des Arrêts dont les étrangers naturaliſés doivent jouir ainſi que tous les autres Sujets du Roi. Ce que j'eſtimerois encore dans le cas où le Mariage auroit été contracté en Angleterre, ſi les pere & mere ſe font naturaliſer avec leurs enfants en France.

Que ſi un enfant étoit né en Angleterre de pere & mere François & d'un concubinage qu'ils auroient eu en Angleterre, & que les pere & mere s'y fuſſent mariés par la ſuite, & y fuſſent décédés ; ſi cet enfant depuis même le décès de ſes pere & mere venoit demeurer en France, & y réclamer leurs biens comme leur héritier, il ſeroit difficile de ne pas l'admettre, à l'excluſion des Collatéraux, en prenant des lettres de naturalité. C'eſt l'eſpece de l'Arrêt du 21 Juin 1668, rapporté par Soëve, parce que cet enfant rentrant dans le ſein de la Nation, en étant rendu Citoyen, & les pere & mere originaires François ayant contracté un Mariage valable, & revêtu de ſes formes, il n'eſt plus queſtion que d'en appliquer l'effet ici en France où le Mariage ſubſéquent opere la légitimation, laquelle application me paroît favorable pour l'enfant originaire de France, & devenu Sujet dans le Royaume.

Par la ſuite des mêmes principes, étant permis, ſuivant la Diſcipline des Grecs, à un homme marié de ſe faire promouvoir au Sacerdoce, & d'uſer du Mariage, l'enfant né de ce Mariage, & légitime dans toute la Grece, eſt légitime par-tout, *cap. 6, X de cler. conjug.*

Dans tout ce que je viens de dire, on peut remarquer que je ne parle que de la légitimité prononcée par les Loix ordinaires de l'Egliſe & de la Nation.

Mais il y a des légitimations qui ſont vrais privileges; & à cet égard ces légitimations étant fondées ſur la ſeule volonté & la puiſſance extraordinaire du Prince, elles ſont renfermées dans l'étendue de ſa domination, & n'ont pas d'effet ailleurs. *Coarctantur territorio*, & d'ailleurs, *nunquàm conceduntur in formâ plenæ reſtitutionis natalium, ſed potiùs diſpenſativè, ſaltem cum clauſulis modificativis. Mol. nov. conſ.* 13, *gloſſ.* 1^a. *n.* 43. C'eſt dans ce ſens que je crois que Godefroy, ſur la Loi a dit d'après Barthole, *legitimatum Romæ, teſtamenti, hæreditatis & honorum Romæ capacem eſſe, alibi non eſſe.* Je l'entends d'un légitimé par puiſſance extraordinaire, & non pas par le Droit commun de la Nation. Et la raiſon en eſt, que ces ſortes de légitimations privilégiées, *non dantur perſonæ reſpectu ipſius, ſed reſpectu alicujus rei particularis. Voyez M. le Bret, en ſes queſt. notabl. Liv.* 3, *déciſ.* 7.

*Statut de l'Excommunication.*

Quant aux excommunications, ſoit qu'elles ſoient prononcées par l'homme ou par la Loi, il n'y a pas de difficulté qu'elles affectent les perſonnes qui en ſont frappées, & qu'un homme excommunié dans ſon Dioceſe, l'eſt dans tous les autres & dans tous les lieux du monde. Les excommunications ne ſont pas bornées par le territoire de celui qui les a fulminées. Voyez Duperray en ſon Traité de l'Etat des Eccléſiaſtiques & de leur capacité, *L.* 6, *chap.* 2, *n.* 12, 13, 14, qui rapporte l'autorité du premier Concile général de Latran, tenu ſous Calixte II, de l'an 1122, *tom.* 10, *pag.* 897, *can.* 9, dont voici les termes, *à ſuis Epiſcopis excommunicatos, ab aliis Epiſcopis, Abbatibus & Clericis in communionem recipi procul dubio prohibemus.*

*Statut de la Mort civile.*

A l'égard des Statuts qui prononcent une mort civile pour crimes ou une note d'infamie, l'état de ces miſérables ſe porte par-tout indépendamment de tout domicile; & cela par un concert & un concours général des Nations, ces ſortes de peines étant une tache, une plaie incurable, dont le condamné eſt affligé, & qui l'accompagne en tous lieux. C'eſt ce que dit d'Argentré

d'Argentré, en ces termes. *Sit igitur ineffabilis hæc ſententia, damnatum capitis ex delicto, executione factâ ex imagine juris, effectus omnes eoſdem conſequi, qui ſervos pœnæ conſequi de jure ſoleant, & vitæ, & realis executionis, ideoque perſonam affici quocumque terrarum abierit, atquè ità nec contrahere poſſe, nec acquirere, nec legatum capere, & inteſtabilem fieri, neque hæreditates ex conſuetudine delatas cernere poſſe; & ſicut in juribus civilibus locorum ſitus ad jura de his conſtituenda reſpicimus, ſic cùm perſona afficitur, reſpectu cujuſcumque loci idem affectus eſt juris..... Eſt igitur ubicumque tale ſubjectum inhabile ad honores, & jura capienda, ergò, &c.*

Si l'infamie réſultante d'une condamnation prononcée par un Jugement juridique, ſe porte par-tout, ſi par-tout elle accompagne le Condamné, l'abſolution prononcée en faveur d'un Accuſé, doit auſſi accompagner par-tout celui qui eſt abſous. C'eſt la même autorité; c'eſt la même Juſtice qui abſout & qui condamne.

Mais comme la conduite des Accuſés qu'on abſout, n'eſt pas toujours également pure & nette, l'abſolution eſt auſſi plus ou moins entiere. Souvent un Accuſé d'une accuſation grave eſt mis hors de Cour; cet homme eſt moins abſous que non condamné. Il reſte toujours une tache, *APUD GRAVES VIROS;* cet homme n'a pas été trouvé ſans quelque reproche; ſon innocence eſt ſuſpectée, ſon honneur n'eſt pas perdu, mais il eſt entamé.

Mais quand un homme a été pleinement déchargé d'une accuſation grave; quand cette décharge eſt illuſtrée par ces réparations qui annoncent une innocence complete, tout eſt effacé, juſqu'aux moindres ſoupçons, juſqu'aux moindres traces de l'accuſation. Cet homme eſt jugé pur & ſans tache; il eſt irréprochable dans toutes les Nations, *etiam apud graves viros*, puiſque ce ſont des gens graves, pleinement inſtruits, qui l'ont jugé. Voilà la vraie Logique d'un homme droit & ſenſé.

Nous reconnoiſſons en France, dans tous les Pays Catholiques, des morts civiles, qui, loin d'être injurieuſes & infamantes, ſont au contraire pieuſes & honorables; c'eſt celles que donne la Profeſſion en Religion.

Parmi nous les Religieux ne ſuccedent pas, *rejecto ubiquè prætenſo privilegio Ciſtercienſium*, dit M. Ch. du Molin ſur

*l'Art.* 23 du *Chap.* 7 de la Coutume de Bourgogne, *& non fit tacitè dedicatio in hoc regno*, dit le même Auteur ſur *l'Art.* 249 la Coutume d'Anjou.

Un homme eſt Religieux dans un Pays où il eſt mort civilement. Pourra-t-il ſuccéder dans un Pays qui ne reconnoît pas une pareille mort civile ?

Si cette mort civile eſt un état perſonnel, cet homme mort civilement dans le lieu de ſon domicile, eſt mort par-tout, & ne peut par conſéquent ſuccéder, parce qu'il ne ſauroit acquérir en quelque endroit que ce ſoit. Hertius *de Collif. Legum, Sect.* 4, *n.* 14, le décide ainſi préciſément, *quià in loco domicilii omni hæreditati acquirendæ incapax declaratur, & quasì pro mortuo habetur.* Cet homme ceſſe d'avoir aucune agnation dans ce monde, elle eſt réſervée pour le Ciel.

Mais, *quid juris*, s'il eſt Religieux dans un lieu où les Religieux ſuccedent, & que la ſucceſſion ſoit ouverte dans un lieu où les Religieux ne ſuccedent pas : il ſembleroit, par la raiſon des contraires, qu'il devroit ſuccéder, parce qu'il porte ſa capacité & ſon état perſonnel par-tout. Cependant j'eſtime qu'il eſt exclus, parce que le droit de ſuccéder eſt tout réel, & ſe régit par la Loi de la ſituation. C'eſt ainſi qu'une femme mariée dans une Coutume, & capable de ſuccéder dans cette Coutume, ne ſuccédera pas néanmoins dans une Coutume où les filles mariées ſont excluſes.

Ainſi il ſuffit de n'être point compté au nombre des vivants dans la Loi du domicile, pour ne pas ſuccéder, en quelqu'endroit que ce ſoit ; mais il ne ſuffit pas toujours d'être compté du nombre des vivants dans le lieu du domicile, pour ſuccéder par-tout, parce que la Loi de la ſituation peut être prohibitive & excluſive des perſonnes revêtues de certaines qualités.

Il y a, dans l'Etat, des Compagnies autoriſées par le Prince, qui ſont comme autant de Corps particuliers : ces Compagnies politiques ont leurs Loix, leurs Réglements & leurs Uſages ; la manutention en eſt ordinairement confiée aux Anciens, chacun dans ſon rang : cette confiance les honore & leur donne des diſtinctions & des prééminences parmi leurs Confreres. Etre exclus de participer à cette confiance, ce n'eſt pas être diffamé. L'Exclus jouit de ſon état ; il eſt toujours Membre de ſa Compagnie ; mais il n'eſt pas honoré, & eſt affecté d'une

note qui entame ſa réputation. Sa prud'hommie eſt ſuſpectée; bien entendu que ce manque & cette privation d'élection ne ſoit pas le fruit des diviſions & des diſſentions qui ne ſont que trop ordinaires dans les Compagnies les mieux policées, ni la punition d'un zele peu ménagé.

### *Statut de la Nobleſſe.*

C'eſt encore un état très-perſonnel, que celui de Noble, ou de Roturier. Un homme qui eſt noble par le droit de naiſſance, eſt tel par-tout où il puiſſe aller, même dans les Pays étrangers, encore qu'il ne jouiſſe pas, dans ces Pays, de toutes les diſtinctions honorifiques qui peuvent être attachées, dans ſa Nation, à un certain rang de Nobles. Baſſet, en ſes Arrêts, *Liv.* 3, *tit.* 2, rapporte un Arrêt du 13 Août 1627, qui a jugé qu'un Sénateur de Chambery, quoiqu'Etranger, étoit exempt de taille, attendu qu'en Savoie il jouiſſoit de ladite exemption.

Quand un Prince fait un noble d'un Sujet roturier, il doit être pareillement reconnu pour tel dans toutes les Nations. Nous parlons, comme on voit, d'un Sujet qui eſt anobli par ſon Souverain; car s'il ne l'étoit que par un Souverain étranger, il ne jouiroit des privileges de ſa nobleſſe, & ne ſeroit regardé comme noble, que dans les Etats du Prince qui l'auroit anobli : il reſteroit toujours roturier dans ſa patrie, & n'y pourroit pas faire valoir les privileges de ſon anobliſſement, ſi ſon Souverain ne le ratifioit. La nobleſſe ne s'accorde qu'à la vertu & aux grandes actions qui doivent être connues du Souverain dont on eſt Sujet. D'ailleurs ſi on admettoit le contraire, on ne pourroit plus dire que le Souverain ſeul peut anoblir ſes Sujets; ils auroient recours à des Puiſſances étrangeres; ce qui ſeroit contre les droits de la Souveraineté.

Je ne veux pas, diſoit la Reine Eliſabeth dans un cas ſemblable, que mes Brebis ſoient marquées d'une autre marque que la mienne. Voyez Lebret, Traité de la Souveraineté, *Liv.* 2, *Chap.* 10.

Il y a donc cette différence entre un anobliſſement accordé par un Prince étranger, & celui accordé par le Prince naturel, que le premier n'imprime qu'un caractere local, ſuperficiel, & connu dans la ſeule étendue du territoire; & que l'au-

tre, au contraire, imprime un caractere viſcéral & univerſel. L'un fait un noble en Eſpagne, il le fait en Angleterre, il le fait en Allemagne; mais l'autre fait un noble en toutes les Nations.

Nous avons la Coutume d'Artois, *Art.* 201, qui dit que batards iſſus de nobles générations de par pere, & leurs enfants ſont tenus & réputés nobles, jouiſſants de privileges de nobleſſe en toutes choſes. L'Auteur des Notes ſur cet *Art.* obſerve qu'il faut que le batard d'un Noble prenne ſa naiſſance en Artois; car la nobleſſe ſe regle par la Coutume de la naiſſance.

D'où il conclut que ſon habilité tirée du lieu de ſon origine, s'étend par-tout.

Ces ſortes de nobleſſe n'ont pas néanmoins toutes les prérogatives d'une véritable nobleſſe reconnue & établie par les Ordonnances & le Droit général du Royaume : car, ſelon M. Ch. du Molin, *valet tantùm ad ea quæ ſunt in poteſtate conſuetudinis, vel ſtatuentium, & intrà eorum territorium duntaxat; non autèm extrà, quantùm ad ea quæ non ſunt in poteſtate conſuetudinis, vel ſtatuentium; undè valet quantum ad dividendas ſucceſſiones de quibus loquitur conſuetudo, ſed non ad eximendum à Collectis Regiis.* Molin, *ad L. feminæ Philip. Decii, ff. de regul. jur.*

### *Statut de la puiſſance paternelle.*

La puiſſance paternelle forme encore, dans un homme, un état & une condition perſonnelle. Le pere eſt pere partout, en quelque endroit du monde qu'il aille demeurer.

Cette qualité emporte avec elle des droits perſonnels & des droits réels. Les droits perſonnels conſiſtent, pour la plupart, en ſimples droits honorifiques reconnus par les Nations les moins policées; ce ſont des Droits écrits dans la nature même, & qui ſe ſont plus ou moins développés, ſelon que les hommes ont plus ou moins conſulté la droite raiſon.

Quant aux droits réels de la puiſſance paternelle, je crois avoir montré, dans mes Diſſertations mixtes, qu'il faut ſuivre la Loi où les biens ſont ſitués. Voyez ci-après *l'Obſervation* 32.

*Statut concernant les Aubains.*

Enfin nous finirons l'examen des différents Statuts perſonnels par ceux qui conſtituent les Aubains, & ceux qui les naturaliſent.

Quoique tous les hommes ſoient les Habitants de la Terre, que Dieu la leur ait donnée en partage pour en uſer en commun, *terram autem dedit filiis hominum*, ils ſe ſont tellement multipliés, que les différentes familles ont formé d'abord comme de petits Etats particuliers qui ſe ſont joints à d'autres, ſoit par principe de commodité & d'intérêt, ſoit par principe d'amitié & de bienveillance: ils ſe ſont cantonnés, ont bâti des Villes, ſe ſont fermés de murailles, & c'eſt inſenſiblement ce qui a formé les grandes Républiques & les grands Royaumes. L'Auteur de la Nature a placé comme des bornes dans certaines contrées, *definiens terminos habitationis eorum.* Les montagnes & les eaux ont ſervi de limites à pluſieurs de ces Républiques & de ces Royaumes, & ces Etats différents ont été réduits, par la corruption des hommes, à rompre leur ſociété primitive & originaire, & à ſe défendre les uns des autres, pour empêcher les irruptions & les uſurpations.

Ils ont eu dès-lors leurs intérêts diviſés, leurs Loix & leurs uſages ſouvent entiérement contraires. Ils ont auſſi imaginé des privileges & des prérogatives particulieres pour s'exciter à la vertu, à la fidélité & à la défenſe de leur Patrie.

Néanmoins tous les hommes ainſi diſtribués ſous différentes dominations, & dont les intérêts paroiſſoient diviſés, avoient encore beſoin les uns des autres. La terre ne produit pas par-tout les mêmes fruits; il eſt des choſes, les unes néceſſaires, & les autres commodes & utiles qu'il faut aller chercher au loin; il faut traverſer les Mers & de vaſtes campagnes déſertes pour les avoir.

Delà la néceſſité de diſtinguer les naturels du Pays, ceux qui vivent ſous le même Gouvernement, & ceux qui ſont étrangers; les Loix, les Privileges ſont pour ceux de la même Nation, & les Etrangers n'y doivent pas participer. C'eſt dans cet eſprit que par Arrêt du 16 Avril 1737, il a été jugé qu'un Etranger ne pouvoit ſe ſervir du bénéfice des deniers de charité pour ſortir de priſon: les Etrangers n'uſent, hors

de leur Pays que du droit des gens, du droit général & commun des Nations, & non pas des droits municipaux & particuliers. Une Etrangere, par exemple, mariée, ſoit dans les Pays étrangers, ſoit même en France, non naturaliſée, ne pourroit pas prétendre, en France, le Douaire de nos Coutumes. Il faudroit au mariage ajouter une convention, & pour lors elle ſeroit fondée ſur le droit des gens. *V.* Rénuſſon, du Douaire, *Ch.* 2, *n.* 10. Les Etrangers qui par privilege ſont affranchis de la Loi d'Aubaine, ne ſont pas pour cela diſpenſés de donner caution, *judicatum ſolvi*, quand ils viennent plaider en France, parce qu'encore que ces Etrangers ne ſoient pas tenus pour Etrangers à l'effet de ſuccéder, néanmoins ès autres choſes, ils ſont tenus pour étrangers.

Mais quand le Prince juge à propos de communiquer à l'Etranger les droits de Citoyen, en l'adoptant pour ſon Sujet, pour lors cette qualité d'Aubain ceſſe, & l'Etranger devenu naturel du Pays, eſt admis à participer à toutes les prérogatives de la Nation. Les naturaliſés, *jàm non ſunt hoſpites & advenæ, ſed cives, & domeſtici Regis :* tout empêchement eſt ôté; la main royale eſt levée; mais ces qualités, ſoit d'Aubain, ſoit d'Etranger naturaliſé, ſont perſonnelles & inhérentes à la perſonne: elles la ſuivent & l'accompagnent dans toute l'étendue de la domination du Souverain, & par-tout ailleurs.

La victoire & les conquêtes font encore des Citoyens, *facit victoria cives;* & à cette occaſion voici l'eſpece qui a été jugée.

Le nommé Albéric, natif d'un village dans le Piémont, étoit venu à Paris, & y avoit demeuré pendant près de trente années.

En 1705, le Roi conquit par les armes le pays d'où Albéric étoit originaire, & ce pays prêta ſerment de fidélité.

Les habitants de ce village reſterent ſous la domination du Roi, juſqu'en Mars 1706, que ce village reçut une garniſon de Houſards & d'autres troupes ennemies de l'Etat.

Albéric avoit fait un Teſtament en 1705, lorſque ſon village étoit ſous la domination du Roi, & étoit mort en France en 1706, lorſque ceux de ſon village avoient tourné leurs armes contre la France.

La queſtion fut de ſavoir ſi ce Teſtament étoit bon, & ſi Albéric ne devoit pas être regardé comme un étranger.

M. l'Avocat-Général Joly de Fleury dit que l'on ne pouvoit pas révoquer en doute que la conquête ne rendît un peuple conquis, véritable Sujet de celui qui l'avoit conquis; que par conſéquent Albéric qui avoit toujours reſté en France, depuis 1705, devoit jouir des prérogatives & des privileges des Sujets du Roi conquérant; qu'il étoit dès-lors ſoumis aux Loix & aux Ordonnances du Royaume; que ce qui décidoit dans la queſtion, c'eſt qu'Albéric avoit été conſtamment Sujet du Roi à titre de conquête; que ſi le village d'où il étoit né avoit depuis pris les armes contre le Roi, il n'avoit pas été enveloppé dans ce retour, puiſqu'il étoit en France depuis trente ans; qu'il eſt certain que nul ne perd le Droit de Citoyen, que par ſon propre fait.

Sur ce, par Arrêt du 6 Septembre 1707, on ordonna l'exécution du Teſtament, plaidants MMes. Labarre l'aîné & Gondouin.

Cet Arrêt eſt conforme à l'Ordonnance de Charles IX, rendue à Moulins en Février 1566, qui porte, *voulons que ceux du pays de Savoie qui étoient domiciliés, & demeurants en notre Royaume devant la reddition dudit pays, & qui ſont demeurés depuis ſans être retournés audit pays, & retirés hors de notre obéiſſance, ſoient tenus & réputés comme originaires & natifs de notre Royaume, & comme tels puiſſent acquérir tout ainſi qu'ils feroient, & pourroient faire ſi les Savoyards étoient originairement natifs de notre Royaume & pays, & ledit pays de Savoie fût demeuré en notre obéiſſance.*

Ce grand nombre de Statuts dont nous venons de parler, ſont tous perſonnels. On ſent en effet que tous ces Statuts affectent la perſonne de quelque qualité perſonnelle, la conſtituent d'un certain état & d'une certaine condition. C'eſt un état d'être majeur ou mineur; c'en eſt un d'être ſous la puiſſance maritale, ſous l'interdiction; c'en eſt un pareillement d'être noble ou roturier, légitime, ou batard, naturel, ou aubain, &c.

Mais de tous ces Statuts il y en a qui ne font que régler une certaine qualité de la perſonne, qualité à la vérité perſonnelle; mais qui ne regle pas ſes habitudes civiles, c'eſt-à-dire, qui ne regle pas ſa capacité ou incapacité pour agir, & faire les Actes du commerce & de la ſociété civile; tels ſont les Statuts qui déclarent noble, ou roturier, légitime, ou batard. Il y en a d'autres qui n'ont pour objet que de régler les habitudes civi-

les à l'effet d'agir & de commercer dans la ſociété ; tels ſont les Statuts qui reglent la majorité & la minorité, celui qui interdit, ou qui place ſous l'autorité d'autrui.

Je ne prétends pas que le Statut perſonnel, celui qui par lui-même n'a pas de relation aux Actes de la ſociété, à ces habitudes civiles pour agir ou ne pas agir, ne puiſſe quelquefois donner lieu à quelqu'autre Statut, qui en conſéquence, & en vue de cette qualité perſonnelle, regle les habitudes civiles. Tel ſeroit un Statut, qui, en conſéquence de la nobleſſe, devanceroit la majorité dans la perſonne des nobles.

Mais communément ſur cette matiere, quand nous parlons de Statuts perſonnels qui reglent l'état & la condition de la perſonne, nous entendons parler de Statuts dont la nature en elle-même, l'objet principal & dominant eſt de régler le pouvoir, ou l'impuiſſance d'agir, de faire les Actes ordinaires de la ſociété, & de régler à cet effet les habitudes civiles ; & non les autres Statuts purement politiques. Il eſt encore certaines qualités perſonnelles qui donnent Droit de faire des fonctions publiques ; mais elles ne ſortent pas le territoire & c'eſt par rapport à ces qualités que l'on doit faire uſage de la deuxieme regle de Voët, *ſect.* 4, *cap.* 2, *ſecunda regula eſt : Statutum perſonale non afficit perſonam extrà territorium, qualis erat intrà, arg. L.* 2, *ff. de offic. Proconſ. ubi qualitas addita Proconſuli, eum ibi tantum comitatur, ubi erit Proconſul, non alibi.*

De tout ce grand nombre de Statuts dont nous venons de parler, ceux qui ſont les plus répandus, & qui dominent le plus dans la ſociété civile, ce ſont les Statuts de la majorité & de la minorité.

En effet tous les hommes naiſſent pour la ſociété, & dans cette ſociété il eſt néceſſaire de diſtinguer ceux qui peuvent s'obliger, vendre leurs biens, donner, échanger, acquérir, &c. & ceux qui ne le peuvent pas.

C'eſt, ou la majorité qui nous permet, ou la minorité qui nous empêche de faire ces ſortes d'Actes. Les Loix en fixant la majorité ou la minorité, n'ont pas mis dans l'homme une qualité purement ſpéculative ; elles n'ont pas déclaré un homme majeur uniquement pour le rendre tel, ſans autre objet ; mais bien pour lui donner le pouvoir de faire les Actes ordinaires, & journaliers de la ſociété ; & ſi elles le déclarent mineur, c'eſt pour

pour les lui interdire. Nous voyons même que toutes les Nations concourent à déterminer dans l'homme cette ſorte d'état de majeur ou de mineur; elles doivent donc avoir en vue le commerce des biens, l'uſage que l'homme en peut faire, & par conſéquent de mettre dans l'homme une faculté, une capacité pour les Actes de ce commerce réciproque, & indiſpenſable de toutes les Nations, ou de les lui interdire juſqu'à ce qu'il ait aſſez de maturité pour les faire. En un mot la majorité a pour objet de rendre un homme maître de ſes actions; comme la minorité a pour objet de le mettre ſous la garde, la protection, la tutele & la dépendance d'autrui, & l'une, ou l'autre de ces qualités eſt la premiere qu'il faut enviſager pour décider ſi un homme a pu, ou n'a pas pu faire les actes que nous venons de dire être ordinaires & journaliers dans la ſociété.

Mais quoique les Loix mettent dans l'homme majeur un pouvoir général de faire toutes ſortes d'Actes, & que par rapport au mineur, elles le déclarent incapable pour ces mêmes Actes, néanmoins ces Loix défendent quelquefois certains Actes aux majeurs, & en permettent de certains à des mineurs ſuivant les circonſtances.

Par exemple, le majeur comme majeur peut donner généralement tous ſes biens. Il eſt le maître abſolu de ce qu'il poſſede; mais il y a des Loix qui gênent en certaines occaſions, & pour certains cas cette faculté indéfinie; comme lorſqu'elles défendent de donner des propres, ou d'en donner au-delà d'une certaine portion.

Réciproquement le mineur eſt dans une incapacité générale d'aliéner ſes biens; cependant nous avons des Loix qui permettent à des mineurs conjoints de ſe donner, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit.

Quand je parle d'un majeur, je parle de celui qui jouit des droits de la majorité, & qui n'eſt pas interdit, ou mort civilement, &c. & quand je parle d'un mineur, je parle de celui qui n'eſt pas émancipé.

En effet l'interdiction & la mort civile dans un majeur, l'émancipation dans un mineur dérangeant l'état primitif de la perſonne, & le conſtituant d'un nouvel état, le majeur interdit, & le mort civilement ſont dans un état général d'incapacité; & à l'égard du mineur émancipé, il reſte à la vérité toujours mineur, mais par le moyen de l'émancipation, il eſt

habilité pour tous les Actes de ſimple adminiſtration, & cette capacité forme en lui un état & une condition; en ſorte que le mineur émancipé eſt tout à la fois de deux états perſonnels; état de capacité par rapport à tout ce qui n'eſt qu'adminiſtration, état d'incapacité par rapport à l'aliénation. Et toutes les Nations policées ſemblent avoir admis ces deux états dans un même ſujet.

## OBSERVATION V.

NOTRE Auteur, en cet endroit, tâche de donner des regles pour ne point confondre le Statut réel & le Statut perſonnel, & pour être en état de les bien diſcerner.

Dans ma queſtion 6 *des Démiſſions de biens*, j'ai obſervé dès l'entrée que la matiere des Statuts étoit très-difficile, & qu'il n'étoit pas poſſible même de ſe faire des regles qui euſſent toujours une application certaine; que delà venoit le peu d'unanimité qui ſe rencontre dans les différentes déciſions de nos Auteurs; les uns eſtimant qu'un Statut eſt réel, quand les autres eſtiment qu'il eſt perſonnel.

M. Froland, en ſes Mémoires, *Ch.* 5, *n.* 2, a penſé depuis comme moi. Il dit que ce qui lui paroiſſoit le plus embarraſſant, & qu'on peut dire être une matiere où l'eſprit le plus ſublime & le plus délicat eſt en danger de ſe méprendre, eſt de ſavoir diſtinguer au juſte quand le Statut tombe ſur la perſonne ou ſur la choſe, & ce, d'autant plus que tous nos Docteurs, & toutes les déciſions de nos cours, ne ſimpathiſent pas à plein ſur ce point; les uns eſtimant Statuts perſonnels, ce que les autres diſent être des Statuts réels.

Cette réflexion ne nous eſt pas particuliere. Burgundus, *tract.* 1°. convient que juſqu'au jour qu'il écrivoit, on n'avoit pas pu donner des regles certaines pour diſtinguer le Statut perſonnel d'avec le Statut réel. *Quæ ſunt realia, quæ perſonalia, Doctores non demonſtrant, n.* 3, *in fine*, & plus bas, *quid ſit perſonale Statutum, quid reale hactenus in foro non ſatis obvium, n.* 46, *in fine.*

Hertius, *de Collis. Legum, ſect.* 4, dit qu'il eſt ſurprenant de voir combien les Interpretes ſe ſont tourmentés pour les définir. *Verum in iis definiendis mirum eſt quàm ſudent Doctores.*

Gaſpard Antonius Theſaurus, en ſes *queſt. forenſ. Liv.* 2, *quæſt.* 4, *n.* 4, dit que la diſtinction imaginée par Barthole, *an Statutum loqueretur in rem, vel in perſonam, campum maximum, & latiſſimam paleſtram aperuit Doctoribus noſtris de veritate hujus diſtinctionis diſſerendi, & ex illorum variis opinionibus quæſtio iſta ferè inextricabilis reddita fuit.*

D'Argentré ſavoit parfaitement ce que les Auteurs qui avoient écrit avant lui, & ceux de ſon temps penſoient ſur cette matiere; il admet leur diviſion, *an diſpoſitio Statuti concipiatur in perſonam, an in rem.*

Mais il ajoute que c'eſt dans l'application de cette diviſion que nos Auteurs errent ordinairement, en eſtimant qu'un Statut concerne la perſonne, quand au contraire il concerne la choſe. *Sed enim cum poſitâ tali diſtinctione Scholaſtici Doctores notato diſcrimine ad rem veniunt, & quærendum eſt.... an hic vel ille caſus in rem, vèl in perſonam conceptus dici debeat, tùm verò frequenter, & perabſurdè falli eos contingit in dijudicatione particularium ſpecierum, cùm perſonæ ſæpè tribuunt quod fine & conſideratione rei eſt conſtitutum, cùm ſcilicet materia potiùs quàm agens in controverſia & ſubjecto verſatur.*

M. Pollet, en ſes Arrêts du Parlement de Flandres, *part.* 11, *Arrêt* 31, dit que la diſtinction d'entre les Statuts réels & perſonnels, lui a toujours paru pleine d'épines.

» Renuſſon, *ch.* 6, *de la Garde*, a penſé à peu près de même. » Si on fait réflexion, dit-il, ſur cette diſtinction qu'on a tou» jours faite, & qu'on continue toujours de faire touchant les » diſpoſitions des Statuts & Coutumes, ſi leur diſpoſition eſt » réelle, perſonnelle ou mixte, ſi la diſpoſition mixte eſt plus » perſonnelle que réelle, ou ſi elle eſt plus réelle que perſon» nelle, il ſemble que cette diſtinction n'eſt pas tout-à-fait ſo» lide, qu'elle ne ſatisfait pas l'eſprit, & qu'elle n'eſt pas ſuffi» ſante pour décider les queſtions qui ſe préſentent; & l'appli» cation qu'on en doit faire aux perſonnes & aux choſes, n'en » eſt pas aiſée, & il eſt difficile d'en faire un juſte diſcerne» ment: il ſemble que ce qui eſt ordonné par les Loix & Cou» tumes en matiere civile, regarde les perſonnes par rapport à » leurs biens, & les biens par rapport aux perſonnes qui les » poſſedent. Il ſemble que les diſpoſitions ſont mixtes, les biens » ſont relatifs aux perſonnes qui les poſſedent, & les perſonnes » ſont conſidérées par rapport à leurs biens, & par le droit qu'ils

» y ont. On ne peut pas regarder les biens purement & ſimple-
» ment par abſtraction aux perſonnes qui les poſſedent, ni auſſi
» regarder purement & ſimplement les perſonnes par abſtrac-
» tion à leurs biens. Il eſt inutile de regarder où leurs biens
» ſont ſitués ; car il ne s'en agiroit pas, comme auſſi s'il y a quel-
» que diſpoſition dans les Coutumes, qui regarde purement
» & ſimplement les biens par abſtraction aux perſonnes. Il ſe-
» roit inutile de regarder la Coutume du domicile de la per-
» ſonne ; car telle diſpoſition ne regarderoit point la perſonne.
» Cela fait voir que cette diſtinction n'eſt pas ſolide, & qu'on
» n'en peut pas faire de juſte application pour la déciſion des
» queſtions qui tombent ſur cette matiere.

La grande regle que nous ont donnée nos Auteurs, a été de dire que le Statut perſonnel étoit celui qui dirigeoit les perſonnes, & le Statut réel, celui qui dirigeoit les choſes. *Realia quæ res ipſas dirigunt, perſonalia quæ perſonas.* Burg. *tract.* 1°. *n.* 1.

Cette regle de nos Auteurs eſt vraie ; mais quand on vient à réfléchir, on s'apperçoit qu'il reſte toujours la difficulté de ſavoir, *quandò Statuta dirigunt res, & quandò dirigunt perſonas.*

Il eſt vrai que pour lever cette difficulté, nos Auteurs ajoutent certains termes emphatiques, *quandò potiſſimùm, quandò principaliter diſponunt de rebus, vel de perſonis.* Voët, par exemple, *Tract. de Stat. Sect.* 4, *Cap.* 22, *n.* 3, emploie celui de *potiſſimùm. Statuta perſonalia quæ afficiunt perſonam, ideòque ei quaſi inhærent. Statuta realia quæ rem afficiunt : illa quæ circà perſonam potiſſimùm quid diſponunt, ſeu in ordine ad perſonam. Hæc quæ circà rem, & potiſſimùm in ordine ad rem aliquid ſtatuunt.*

Mævius, *ad jus lubecenſe, quæſt.* 4, *præl. n.* 26, a employé celui de *principaliter :* car après avoir obſervé que communément les Auteurs diſtinguent *an Statutum ſit in rem conceptum, an in perſonam,* il dit que pour diſtinguer l'un d'avec l'autre, il faut conſidérer, *quatenùs nimirùm apparet de re, vel perſonâ agi principaliter, ità ut quid alterutri impoſitum, vel demptum eſſe velit. Secùs autèm ſi Statutum in perſonam, non perſonæ gratiâ, aut in rem non rei causâ, conceptum reperitur. Quandò enim principalis intentio Statuti quæ ſemper inquirenda & inſpicienda, non agit de perſonâ habilitandâ, ut*

*vulgò DD. loquuntur, ſed circà res verſatur, & de iis Statutum diſponit, perſonarum tamèn factâ mentione, ſed propter res, non ſtatim quoàd excluſionem forenſium pro Statuto in perſonam concepto habendum eſt, ſed in rem loqui cenſetur, quià ſecundario ſaltèm, & propter rem perſona nominatur. Atquè ità vice verſâ cùm circà perſonas quidquam ordinat Statutum, ſola mentio rerum propter perſonas tamèn facta non ſufficit ad arguendum in rem loqui Statutum ;* mais ces termes de *principaliter* & de *potiſſimùm*, laiſſent toujours la véritable difficulté, & ne la levent pas.

Dans mes Queſtions mixtes, pag. 19, j'ai cru que l'on pouvoit définir, ou plutôt faire la deſcription du Statut perſonnel, en diſant que le Statut perſonnel eſt une Loi qui régit l'état de la perſonne, ſans parler des biens, ou qui ne regle les biens que par la conſéquence de l'état de la perſonne.

J'ai marqué aſſez clairement que je n'avois pas intention de définir, mais de faire la deſcription des Statuts perſonnels ; & j'avouerai volontiers que je ne trouve qu'un défaut dans la deſcription que j'ai donnée, c'eſt qu'elle n'eſt pas aſſez ample : car du ſurplus, ce que j'en ai dit, ſe trouve littéralement vrai.

En effet les Statuts perſonnels, ou reglent l'état de la perſonne, ſans parler des biens, ou s'ils font mention des biens, ce n'eſt que pour les régir en conſéquence de l'état de la perſonne ; par exemple, *l'homme âgé de vingt-cinq ans eſt majeur. L'homme au-deſſous de vingt-cinq ans eſt mineur. La femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari. Le mineur eſt ſous la puiſſance de ſon tuteur. Le fils de famille eſt ſous la puiſſance de ſon pere. L'homme né d'un pere noble, eſt noble.* Voilà certainement des Statuts qui reglent l'état des perſonnes, ſans parler des biens. Ces Statuts ſont inconteſtablement perſonnels, & ne peuvent être que perſonnels.

J'en trouve d'autres qui parlent des biens, & qui n'en ordonnent que par la conſéquence & la ſuite de l'état perſonnel de celui qui en eſt le Propriétaire ; par exemple, *le mineur ne peut diſpoſer de ſes biens. Le majeur peut diſpoſer de ſes biens. La femme ne peut vendre, ni aliéner ſes biens, ſans l'autoriſation de ſon mari. L'interdit, le furieux ne peuvent vendre & aliéner leurs biens. Le tuteur eſt l'adminiſtrateur des biens de ſon mineur.* Tous ces Statuts ordonnent des biens ; mais ils

n'en ordonnent qu'en conſéquence de l'état de la perſonne. Ces Statuts ſont encore inconteſtablement perſonnels.

Il faut donc que ces différentes affectations de la perſonne, & ce que les Loix ordonnent par rapport aux biens, en conſéquence ſeulement de ces affectations, entrent dans la définition des Statuts perſonnels.

En Flandres, en Hollande & dans tous les Pays où communément les Auteurs ne donnent d'autre effet au Statut perſonnel, que de diriger la perſonne & ſes engagements perſonnels, abſtraction faite des biens, & ou dès qu'il eſt queſtion de biens, on juge & décide que le Statut eſt réel, il eſt certain qu'on peut y faire une définition très-ſimple des Statuts perſonnels; & telle eſt celle du ſavant Hollandois dont parle M. le P. Bouhier, *perſonalia Statuta ſunt ea quæ primariò & per ſe afficiunt perſonam.*

Parmi nous, comme notre Juriſprudence eſt que le Statut perſonnel dirige l'état & la condition de la perſonne, *directè & primariò*, & ordonne quelquefois des biens par conſéquence ſeulement, il n'eſt pas poſſible de ne pas exprimer ces deux choſes dans la définition des Statuts perſonnels, & par conſéquent de ne pas la faire double & compliquée, à moins de la rendre défectueuſe & manchote.

Je viens de dire que le défaut que je trouvois dans ma deſcription du Statut perſonnel, eſt qu'elle n'étoit pas aſſez ample, & j'oſerois en propoſer ici une plus étendue, & par cette raiſon plus complete.

*Le Statut perſonnel eſt une Loi, une Ordonnance, un Réglement, une Coutume, dont les diſpoſitions affectent la perſonne, ſoit que cette affectation imprime en elle une qualité purement politique & diſtinctive, ſoit que cette affectation ait pour objet de rendre la perſonne capable, ou incapable par état & condition pour les actes du commerce civil, ſans d'ailleurs parler des biens, ſi ce n'eſt par la ſuite & la conſéquence de l'état dont l'homme eſt affecté.*

Cette définition, ou deſcription eſt beaucoup plus ample que la premiere que j'avois donnée en mes Diſſertations mixtes; mais cependant je ne trouve rien à y retrancher.

Je dis, en premier lieu, que *le Statut perſonnel eſt une Loi, une Ordonnance, un Réglement, une Coutume*, pour ne point entrer dans l'examen des différences qu'il peut y avoir entre

ces choſes, & que ſoit une Loi, ſoit un réglement, &c. les uns & les autres peuvent être également perſonnels.

Je dis, en ſecond lieu, *dont les diſpoſitions affectent les perſonnes ;* parce qu'il eſt de la nature & de l'eſſence du Statut perſonnel d'imprimer dans la perſonne une certaine qualité, une certaine habilité ou inhabilité, qui eſt inhérente à la perſonne.

Je dis, en troiſieme lieu, *ſoit que cette affectation de la perſonne imprime en elle une qualité purement politique & diſtinctive.* Et telles ſont les qualités de noble, ou de roturier, d'étranger, ou de naturel.

Je dis, en quatrieme lieu, *ſoit que cette affectation ait pour objet de rendre la perſonne capable ou incapable par état & condition pour les Actes du Commerce civil ;* parce que, outre ces états politiques & diſtinctifs dont nous venons de parler, qui n'ont point de trait par eux-mêmes aux Actes du Commerce civil, il y a des états & des conditions qui ont directement pour objet les Actes du Commerce civil.

Je dis, en cinquieme lieu, *ſans d'ailleurs parler des biens ;* parce que l'objet du Statut perſonnel eſt eſſentiellement la perſonne.

J'ajoute, en ſixieme lieu, *ſi ce n'eſt par ſuite & conſéquence de l'état dont l'homme eſt affecté ;* parce qu'il eſt certain qu'en conſéquence de l'état dont l'homme eſt affecté pour les Actes du Commerce civil, la Loi qui l'affecte d'un certain état perſonnel, ajoute quelquefois par forme de démonſtration que cet état lui permet, ou lui défend de diſpoſer de ſes biens. Tel eſt ce Statut, *le majeur de vingt-cinq ans peut diſpoſer de ſes biens. Le mineur ne peut diſpoſer de ſes biens.*

Si l'on m'oppoſe que cette deſcription n'eſt pas aſſez ſimple, je réponds qu'elle eſt compoſée de tout ce qui appartient au Statut perſonnel, & que ſi ma deſcription n'eſt pas ſimple, c'eſt que la matiere ne l'eſt pas eſſentiellement.

M. le P. Bouhier m'oppoſe que la définition que j'ai donnée en mes Diſſertations mixtes, & qui n'eſt cependant qu'une ſimple deſcription, ne convient en aucune maniere à certains Statuts de la perſonalité deſquels je ne doute pas moi-même.

Il dit que je reconnois inconteſtablement pour perſonnelles, les Coutumes qui établiſſent la Communauté de biens légale entre Conjoints, & que cependant on ne ſauroit mettre ces Coutumes, ni dans la claſſe de celles qui régiſſent l'état de la

perſonne ſans parler des biens, ni dans le rang de celles qui ne reglent les biens que par conſéquence de l'état de la perſonne.

Je réponds qu'à l'égard de la Communauté pure légale, je ne l'ai jamais regardée comme pure perſonnelle qu'autant qu'on m'accorderoit que par cette diſpoſition, la Loi fixe l'état & la condition des Conjoints, & dans ce cas l'objection tombe; & ſi on ne me l'accorde pas, je dis que le Statut de la Communauté légale eſt pure réelle, & ne rend les Conjoints communs que pour les biens ſitués ſous le Statut.

Auſſi pour rendre ce Statut perſonnel, on a été obligé d'imaginer une convention tacite & préſumée, & dès-lors il n'eſt plus queſtion d'un Statut, mais d'une convention dont il ne s'agit pas entre nous.

Venons préſentement au Statut réel. Il eſt difficile d'en donner une définition ou plutôt une deſcription, ſans en diſtinguer de deux ſortes; le Statut réel perſonnel & le Statut pur réel: c'eſt faute d'avoir fait cette diſtinction que je ne puis ne pas condamner la deſcription que j'en ai donnée dans mes Diſſertations mixtes.

En effet il eſt néceſſaire qu'il y ait deux Statuts réels. L'un réel perſonnel, comme nous venons de le dire; & l'autre pur réel.

La raiſon en eſt qu'il y a des Statuts qui donnent ſouvent à des incapables par état, une habilité & capacité qu'ils n'ont pas par état, & il faut que ces Statuts ſoient perſonnels, puiſqu'ils habilitent la perſonne incapable par état, & ils ſont réels, parce que cette habilité eſt bornée & limitée pour quelques biens particuliers: il y en a de purs réels, parce que ceux-ci, loin d'habiliter la perſonne & de la rendre capable, d'incapable qu'elle eſt par état, ôtent même à l'homme capable, la capacité qu'il a, & ce, quant à certains biens ſeulement.

Or c'eſt en confondant ces deux choſes, que j'ai dit dans mes Diſſertations mixtes, que le Statut réel étoit une Loi qui regle les biens, ſans parler de la perſonne, ou qui par rapport aux biens, donne à l'homme une capacité, ou incapacité qui n'eſt pas celle de ſon état général; & cette deſcription, quoique peu exacte, ainſi que je l'avoue, ne peche néanmoins que dans les termes: car d'ailleurs en réformant le terme *donner*, comme nous allons l'obſerver, elle ſe vérifie dans tous les Statuts réels. En voici des exemples. *Les biens fonds venant de ſucceſſion*,

*ſucceſſion, ſont propres. Les propres vendus ſont ſujets à retrait. Les rotures, en cas de vente, doivent lots & ventes. Les fiefs doivent quint & requint.*

Il eſt certain que ces Statuts reglent les biens, ſans parler de la perſonne, & ſans aucune dépendance de ſon état. Ces Statuts ſont réels. Il eſt donc vrai que les Statuts qui reglent les biens, ſans parler de la perſonne, & ſans dépendance de ſon état, ſont des Statuts réels.

J'en trouve encore qui diſent que l'homme capable par état, peut, ou ne peut pas certains Actes réels & particuliers. Par exemple ceux-ci. *L'homme majeur peut ſimplement donner entre vifs le tiers, ou les deux tiers de ſes propres. Le pere ne peut pas donner au préjudice de la légitime de ſes enfants. La femme ayant enfants, ne peut avantager les enfants de ſon conjoint d'un premier lit.* Il eſt donc vrai que les Statuts qui, par rapport aux biens, définiſſent que l'homme peut, ou ne peut pas certains Actes réels, ſont des Statuts réels. Mais outre ces Statuts que nous venons d'alléguer, il y en a qui ſont perſonnels réels. Par exemple celui-ci. *Les conjoints même mineurs de vingt-cinq ans, peuvent néanmoins ſe donner par don mutuel, dans certaines Coutumes, la propriété; dans d'autres, l'uſufruit de leurs biens conquêts :* il eſt certain que ce Statut habilite les conjoints mineurs incapables par état. Il eſt donc perſonnel; mais il eſt réel, parce que cette habilité eſt bornée aux ſimples conquêts.

Néanmoins quoique les raiſons que je viens d'alléguer puiſſent juſtifier la définition que j'ai donnée des Statuts, j'eſtime qu'il y a quelque choſe à réformer dans cette définition, ou deſcription. J'ai dit que le *Statut réel étoit une Loi qui régloit les biens, ſans parler de la perſonne;* & cette premiere partie de ma définition n'eſt pas autrement ſuſceptible de critique : mais j'ai ajouté, *ou qui, par rapport aux biens, donne à l'homme une capacité, ou incapacité, qui n'eſt pas celle de ſon état;* & cette ſeconde partie n'eſt pas exacte : ces termes, *donne une capacité, ou incapacité*, ſembleroient inſinuer que l'homme ſeroit affecté en ce qui regarde l'incapacité; ce qui a toujours été fort éloigné de ma penſée. L'incapable par état, tel qu'un mineur, eſt à la vérité affecté par la capacité particuliere que peut lui donner un Statut; mais le capable par état n'eſt point affecté par l'incapacité particuliere où le Statut le met,

& le Statut lui ôte plutôt que de lui rien donner.

En effet les Statuts purs réels, & je parle même de ceux conçus en termes affirmatifs, ne donnent pas à l'homme une capacité d'agir, mais renferment très-ordinairement une négation de capacité, & une limitation & reſtriction de celle que l'homme a par état, qui étant illimitée par elle-même, eſt réduite & reſtreinte par rapport à certains actes ſeulement, en ſorte que ceux même conçus en termes affirmatifs, ſont ſouvent négatifs dans ce qui eſt au-delà de ce qu'ils ordonnent & permettent.

Ainſi au lieu de dire en général, que le Statut réel eſt celui qui regle les biens, ſans parler de la perſonne, ou qui donne une capacité, ou incapacité, qui n'eſt pas celle de ſon état général; il faut, après ces termes, *le Statut réel eſt celui qui regle les biens, ſans parler de la perſonne*, ajouter ceux-ci: *Ou s'il parle de la perſonne, c'eſt en donnant à l'incapable une capacité qu'il n'a pas, ou en génant, par une incapacité particuliere, la capacité de celui qui eſt capable par état*, & en lui interdiſant ſouvent, ſous des termes affirmatifs, l'uſage, l'adminiſtration & la diſpoſition de certains biens en certains cas.

Pour bien entendre ce que je viens de dire, il faut ſe reſſouvenir que les Statuts réels s'adreſſent toujours à des hommes capables par état, & qui peuvent généralement faire tous les Actes de la ſociété civile; mais qui ſont réduits par le Statut réel, à pouvoir, ou ne pouvoir diſpoſer, par rapport à certains biens, que d'une maniere bornée & limitée. Par exemple, le Statut dit que *les conjoints peuvent ſe donner leurs meubles & leurs immeubles conquêts*. A ne conſidérer que la conſtruction du Statut, il ſemble accorder aux conjoints que nous ſuppoſons majeurs, une véritable faculté de ſe donner. Cependant, comme majeurs, ils ſont déja capables par état. Ainſi ce Statut, qui eſt pur réel, ne leur donne aucune capacité. Il limite au contraire, & borne, par rapport à ce, la capacité d'état qu'ils ont, & ce pouvoir limité eſt moins un pouvoir effectif de donner les meubles & les conquêts, qu'une défenſe de donner au-delà; en ſorte que cette capacité reſtreinte, mais exprimée dans le Statut en termes affirmatifs, eſt particuliere & comme reſtreinte: elle eſt en tant que reſtreinte, contraire à l'état de la perſonne qui, par ſon état, peut diſpoſer de tous ſes biens.

Ainſi ce Statut, dont nous venons de parler, *le conjoint peut donner à ſon conjoint ſes meubles, & conquêts immeubles*, n'a pas plus de force que celui-ci. *Les conjoints ne peuvent ſe donner que leurs meubles, & conquêts immeubles*, en ſorte que le Statut affirmativement conçu, n'eſt en effet qu'un Statut négatif : car il ne donne réellement pas de capacité ; il la préſuppoſe, & elle eſt déja dans le ſujet ; mais il lui interdit le pouvoir de donner au-delà.

Mais ſi le Statut s'adreſſoit à des incapables par état, pour lors ce Statut ne ſeroit pas pur réel, mais ſeroit perſonnel réel, en ce qu'il les affecteroit en les rendant capables, d'incapables qu'ils ſeroient par état ; & comme perſonnel, il ne pourroit agir que ſur les domiciliés, & ſeroit inutile à tous autres qui domiciliés ailleurs, ſeroient incapables par état, & à qui la Loi de leur domicile n'accorderoit pas une pareille capacité.

Quand je dis que le Statut qui rend un mineur conjoint capable de donner à ſon conjoint, eſt un *Statut perſonnel*, il faut ajouter qu'il eſt *perſonnel réel ;* d'où j'ai eſtimé, comme on verra à la fin de l'Obſervation ſuivante, qu'il y avoit des Statuts mixtes ; c'eſt-à-dire, qui ne ſont, ni purs perſonnels, ni purs réels, mais tout à la fois perſonnels réels, ce qui n'eſt pas admettre les Statuts mixtes dans le ſens de d'Argentré & des autres.

En conſéquence de tout ce que je viens de dire, je haſarderai de propoſer une nouvelle deſcription plus exacte & plus complete ; & pour y parvenir, je diſtinguerai, comme ci-deſſus, deux ſortes de Statuts réels ; ſavoir, le Statut pur réel & le Statut réel perſonnel.

Je dirai donc que le Statut pur réel eſt *celui qui affecte directement les biens en fixant leur ſort, & leur deſtination par une diſpoſition particuliere & indépendante de l'état perſonnel dont l'homme eſt affecté pour les Actes du commerce civil, encore que quelquefois ce Statut ait égard à l'état perſonnel que nous avons ci-devant appellé pur politique & diſtinctif.*

Je dis, 1°, que *le Statut pur réel affecte directement les biens*, parce que c'eſt le propre de ce Statut d'affecter les biens, comme c'eſt le propre du Statut perſonnel d'affecter la perſonne.

Je dis, 2°, *par une diſpoſition particuliere*, parce que les

Statuts purs réels ſont toujours particuliers ; ils n'operent que dans quelques endroits, & non point par-tout, ſur certains biens, & non pas ſur tous.

Je dis, 3°, *ſans dépendance de l'état perſonnel, &c.* parce que les Statuts purs réels ſont toujours des exceptions & des dérogeances à l'exercice des Actes permis d'ailleurs par l'état général de la perſonne.

Je dis, 4°, *encore qu'il ait quelquefois égard à l'état perſonnel politique & diſtinctif ;* c'eſt ainſi que la qualité de noble, ou roturier, de mâle, ou de femelle, influe ſouvent dans les partages, & en change la diſpoſition réelle.

Quant au Statut perſonnel réel, je dirai que *le Statut perſonnel réel eſt celui qui habilite la perſonne incapable par état, & qu'il ne l'habilite que pour certains biens réels.*

En effet le Statut réel ne devient perſonnel, que parce qu'il s'adreſſe à des incapables par état, & qu'il les habilite ; & il eſt réel, parce que cette habilité eſt fixée & limitée à certains effets réels.

Par la ſuite de toutes ces réflexions, j'ai dit, *queſt. 6, pag.* 101 *de mes Démiſſions*, que le Statut qui défend de diſpoſer, par teſtament, des quatre quints des propres, étoit conſtamment réel ; & j'en ai donné cette raiſon, parce que ce Statut ne dirige que les biens propres, & juſqu'à concurrence d'une certaine quotité, & ne met, dans la perſonne, qu'une certaine incapacité particuliere qui ne forme pas l'état de la perſonne ; & il eſt certain que ces raiſons ſont déciſives & ſont priſes de la nature de la choſe même.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 83, trouve que ces raiſons ſont détournées & obſcures, tandis que, ſelon lui, il étoit tout ſimple de dire, que ſi ce Statut eſt réel, c'eſt parce qu'il diſpoſe des quatre quints de la choſe, au profit des parents de la ligne, malgré le Propriétaire.

Je ne ſais ſi effectivement j'aurois dû employer cette raiſon ; il eſt vrai que M. Ch. du Molin a diſtingué des Statuts, *quæ non pendent à voluntate partium.* Mais il les diviſe en deux eſpeces ; il y en a *quæ agunt in rem*, & il y en a *quæ agunt in perſonam.*

D'ailleurs ma raiſon ne ſauroit être détournée, ſi elle eſt priſe *ex viſceribus rei*, du fond d'une choſe, à la vérité, qui eſt abſtraite, mais enfin qui a ſes principes, & je crois que la

raiſon que j'ai donnée, eſt conforme à tous les principes de la matiere, & propre à faire ſentir ce que c'eſt qu'un Statut réel.

Cette raiſon ne ſauroit donc être obſcure, & il eſt vrai que le Statut qui défend de diſpoſer des quatre quints des propres, eſt réel, parce que ce Statut ne dirige que les biens propres, & juſqu'à concurrence d'une certaine quotité, & ne déclare que *l'homme ne peut* que d'une incapacité particuliere qui ne forme pas l'état de la perſonne.

Ainſi je le répete, il ne faut pas regarder comme définition, ce que j'ai dit des Statuts perſonnels & des Statuts réels, mais ſeulement comme une deſcription qui peut s'appliquer à un grand nombre de Statuts, tant perſonnels, que réels.

M. le P. Bouhier expoſe deux autres définitions propoſées par Voët, ſavant Profeſſeur Hollandois. La premiere eſt que le Statut réel eſt celui qui affecte principalement les choſes encore qu'il ait auſſi égard à la perſonne, & que le Statut perſonnel eſt celui qui affecte principalement la perſonne, encore qu'il ait auſſi égard à la choſe.

La ſeconde priſe, *ab effectu*, eſt celle-ci, *le réel eſt celui dont le pouvoir ne s'étend pas au-delà de ſon territoire*, & *le perſonnel eſt celui qui étend ſon empire ſur les biens de ceux qui lui ſont ſoumis en quelques lieux qu'ils ſoient ſitués.*

De ces deux définitions, M. le P. Bouhier adopte la deuxieme par préférence à la premiere, après avoir remarqué qu'en l'état où ſont les choſes, on n'en ſauroit donner de bonnes.

Je conviendrai avec M. le P. Bouhier que la choſe eſt effectivement difficile, parce que dans une matiere auſſi compoſée & auſſi variée que celle des Statuts, il n'eſt pas aiſé d'embraſſer dans une définition un ſi grand nombre de Loix qui reglent tant & tant de différentes choſes, & qui ſont énoncées ſi différemment.

Mais dans cette eſpece d'impoſſibilité j'avoue qu'entre les deux définitions de Voët, j'aurois de la peine à donner la préférence à la ſeconde ſur la premiere.

En effet une définition priſe *ab effectu*, n'eſt pas une définition de la choſe, mais une conſéquence de la choſe; ce n'eſt pas donner l'eſſence de la choſe, mais ſon effet.

Au contraire la premiere me paroît remplir plus exactement la nature du Statut perſonnel & du réel. Le premier eſt appellé perſonnel à cauſe de la perſonne, & le ſecond eſt appellé réel à cauſe de la choſe.

Ainſi le Statut perſonnel eſt une Loi qui affecte principalement la perſonne, & le Statut réel eſt celui qui affecte principalement la choſe. On trouve dans cette définition le *genus*, *& differentia :* le genre, c'eſt la Loi ; la différence, c'eſt l'affectation de la perſonne ou de la choſe.

Cette définition me paroît très-exacte dans le ſyſtême de Voët, qui prétend que, *Statutum perſonale regulariter non ſe extendit ad bona alibi ſita, neque directè, neque indirectè, neque propalàm, neque per conſequentiam.*

Il eſt vrai que contre cette définition de Voët que j'adopterois plus volontiers, on n'oppoſera qu'elle ne définit pas les Statuts perſonnels réels, qui affectent également les perſonnes & les choſes ; mais il ne les a pas connus, & je ferai voir ci-après que ces Statuts forment une troiſieme claſſe.

L'argument que M. le P. Bouhier emploie pour combattre la premiere définition de Voët, ne me paroît pas concluant. » Il n'y a point de Loi, dit-il, plus réelle que celle qui donne » aux femmes mariées une hypotheque privilégiée pour leur dot » ſur les biens de leurs maris, même au préjudice des Créan- » ciers antérieurs ; car on n'a jamais propoſé de l'étendre ſur » les biens ſitués hors des Provinces où cette Loi a été reçue. » Cependant il eſt certain qu'elle affecte principalement la » perſonne de la femme, puiſque ce privilege eſt tellement per- » ſonnel, qu'il ne paſſe pas à tous ſes héritiers ».

Mais je ne vois pas comment la femme eſt affectée par ce privilege. Il ne met en elle, ni capacité, ni incapacité, il ne diſpoſe pas de ſes habitudes civiles ; c'eſt un privilege, à la vérité, qui n'excede pas ſa perſonne ; mais pour cela elle n'en eſt pas affectée. La preuve en réſulte de ce que la perſonne de la femme ne peut jamais être affectée que par la Loi de ſon domicile. Cependant la femme non domiciliée dans le lieu du privilege, ne laiſſe pas de jouir du privilege, ſi les biens de ſon mari y ſont ſitués.

Quant au Statut pénal, qui eſt un autre exemple rapporté par M. Bouhier, comme eſt celui-ci, *qui confiſque le corps, confiſque les biens*, il eſt vrai qu'il affecte la perſonne ; mais il n'eſt pas vrai ſimplement qu'il ſoit connu pour réel : il eſt perſonnel réel, & la preuve en eſt que la confiſcation, quant aux biens, ne s'étend pas dans les Coutumes qui ne l'admettent pas, nonobſtant la confiſcation de la perſonne.

Une premiere regle qui me paroît infaillible, eſt celle de Voët, *ſect.* 4, *cap.* 2, *n.* 5, qui eſt qu'il ne faut pas dire qu'un Statut eſt réel, auſſi-tôt qu'il y eſt parlé des choſes, comme il ne faut pas le dire perſonnel auſſi-tôt qu'il y eſt parlé de la perſonne, parce que, comme dit Ulpien, *l.* 7, §. 8, *ff. de pactis : perſona quidem pacto inſeritur non ut perſonale pactum ſit, ſed ut demonſtretur cum quâ pactum factum eſt.*

Cependant cette regle m'indique bien ce que je ne dois pas dire, mais ne m'indique pas ce que je dois dire, & c'eſt faute d'avoir cette derniere regle, que nos Auteurs ſont ſi peu d'accord entre eux. En voici des exemples.

Il y a à Lubec une Loi qui porte que la femme ne peut, ni vendre, ni hypothéquer ſes biens ſans le conſentement & l'approbation d'un Curateur, ni même s'obliger que juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme. Mævius aſſure ſur cet article, *perpetuæ tutelæ mulieres eſſe obnoxias*, & qu'elles ſont comparées à des mineures, *mulieres & minores quoad humana negotia pro paribus haberi.* De quelle nature ſera ce Statut ? Si nous conſultons Rodenburgh, il nous dira que ce Statut affecte la perſonne, & par conſéquent qu'il eſt perſonnel, parce que le matériel du Statut eſt pur perſonnel, *ſi natura actûs, & qualitas ſit perſonalis, perſonalium claſſe Statuta veniunt ;* & qu'il eſt d'autant plus perſonnel, qu'il contient une défenſe de tous contrats en général, & que comme perſonnel il n'aura effet que par rapport aux femmes domiciliées dans le lieu du Statut. *Et forenſem non ligabit.*

Si au contraire nous conſultons Mævius, *ad jus lub. quæſt.* 4, *n.* 17, il dira que la néceſſité du Curateur n'eſt qu'une pure formalité ; que ce Statut n'affecte pas la perſonne, mais bien le Contrat ; que par conſéquent ce Statut aſſujettira une femme non domiciliée, qui contractera dans le lieu du Statut. *Quandò jus Lub. art.* 1°. *tit.* 10, *lib.* 1°. *prohibet mulieres ſinè curatore contrahere, etſi perſonæ mentio fiat, quia tamen ea non inhabilitatur ſimpliciter, ſed ſolum in defectum ſolemnitatis, non tàm perſonam ejus quàm contractum concernit, ideòque forenſem* (*mulierem*) *ligat.*

Voici un autre exemple, il eſt tiré de M. Ch. du Molin, *au cod. verbo concluſ. De Statutis. Statuto hujus urbis cavetur quod contractus facti per minorem viginti quinque annis non valeant ſine conſenſu ſuorum propinquorum, & autoritate Judicis.*

Je vous demande de quelle nature eſt ce Statut. Si vous ne conſidérez que le matériel, il s'agit de la validité de tous les Contrats qu'un mineur peut paſſer & qui ſont autant d'engagements perſonnels, & ce Statut concerne tous Contrats, comme celui de Lubec, & par conſéquent il faudroit dire avec Rodenburgh, que ce Statut ne concerne que les mineurs domiciliés dans le lieu, & qu'il n'y a qu'eux qui ſoient mis dans une incapacité d'état qui s'étend à tous Contrats, & à tous les biens des mineurs non aſſiſtés d'un Curateur, en quelque lieu que ces biens ſoient ſitués, & il faudra dire au contraire avec Mævius que ce Statut *forenſem minorem ligat*, & que le mineur étranger ne pourra contracter dans le lieu, ſans le conſentement des proches & l'autorité du Juge.

Cependant écoutez M. Ch. du Molin: il n'eſt de l'avis, ni de l'un, ni de l'autre. Il penſe, à la vérité, comme Rodenburgh, que ce Statut *non intelligitur niſi de ſubditis;* mais il ne dit pas comme lui que ce Statut s'étende à tous les biens des mineurs, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués; mais bien que *in quantum agit in res, reſtringitur ad ſitas intrà ſuum territorium.* D'un autre côté, il ne penſe pas comme Mævius, que ce Statut puiſſe lier un mineur étranger, pour les biens même ſitués dans ce territoire; au contraire, il l'en diſpenſe entiérement: voici ſes paroles. *Si Statuto hujus urbis cavetur quod contractus facti pèr minorem viginti quinque annis non valeant ſinè conſenſu ſuorum propinquorum, & autoritate Judicis, non intelligitur niſi de ſubditis ſuæ Juriſdictionis, undè minor dicti loci non poterit etiàm extrà locum prædia in eo territorio ſita locare ſinè dictâ ſolemnitate, ſed benè extrà locum prædia alibi ſita, quià in quantum agit in perſonam, reſtringitur ad ſuos ſubditos, & in quantum agit in res, reſtringitur ad ſitas intra ſuum territorium. Exterus autem minor annis poterit etiam de ſitis intra locum dicti Statuti, etiam intra locum illum, diſponere.*

Remarquez combien la déciſion de Mævius eſt différente de celle de M. Ch. du Molin: dans l'une & l'autre eſpece du Statut de Lubec, & de celui propoſé par M. Ch. du Molin, il s'agit d'une défenſe de contracter. Dans la premiere eſpece, la défenſe eſt faite aux femmes qui ne ſont pas aſſiſtées de Curateurs. Dans la ſeconde, la défenſe eſt faite aux mineurs qui n'ont pas le conſentement de leurs proches & l'autorité du Juge.

Cependant

Cependant par rapport à la premiere eſpece, la défenſe ſelon Mævius concerne les femmes même non domiciliées ; de ſorte que, quoique domiciliées ailleurs, elles ſeront aſſujetties à la formalité du Curateur, ſi elles contractent dans le lieu où cette formalité eſt requiſe. Et par rapport à la ſeconde, la défenſe ne concerne, ſelon M. Ch. du Molin, que les mineurs domiciliés dans le lieu & pour les biens ſeulement qui s'y trouveront ſitués ; de ſorte que ce mineur, s'il contracte ailleurs des biens qui ſoient ſitués ailleurs, pourra valablement en contracter, & que même le mineur domicilié ailleurs, pourra contracter dans le lieu même du Statut, ſans le conſentement de ſes proches, des biens qui y ſeront ſitués.

D'où vient donc des déciſions ſi différentes ſur deux eſpeces ſi ſemblables, de la part d'Auteurs qui adoptent les mêmes principes généraux ? car M. Ch. du Molin eſtime, ainſi que Mævius, que les Statuts ſont, ou perſonnels, ou réels ; que les premiers affectent les perſonnes, & que les ſeconds affectent les choſes : ils conviennent l'un & l'autre que pour diſtinguer quand un Statut eſt réel, ou quand il eſt perſonnel, il faut examiner ſi le Statut diſpoſe principalement de la choſe, ou de la perſonne. Leurs regles générales ſont uniformes ; cependant l'application qu'ils en font eſt entiérement différente. Pourquoi cela ? C'eſt que même, avec le ſecours des regles générales, il eſt difficile de bien diſtinguer quand le Statut agit principalement ſur la choſe ou ſur la perſonne.

J'inſiſterai encore, & je demande quelle différence on peut mettre entre les Statuts qui viennent d'être cités, & celui-ci que j'allégguerai pour troiſieme exemple, *la femme ne peut contracter ſans l'autorité de ſon mari.* Dans les deux premieres eſpeces, ne ſemble-t-il pas que la Loi met les femmes non aſſiſtées d'un Curateur, & le mineur non aſſiſté de ſes proches, & non muni de l'autorité du Juge, dans une incapacité perſonnelle ? Dans le troiſieme exemple, la Loi met pareillement la femme non aſſiſtée de ſon mari dans une incapacité d'état & de condition. Cependant ſur cette derniere eſpece pas un de nos Auteurs ne paroît diviſé, pendant qu'ils ſe diviſent ſur les deux premieres.

Il eſt vrai que par rapport au Statut qui aſſujettit la femme à l'autoriſation de ſon mari, nos Auteurs conviennent unanimement qu'il appartient à la capacité d'état qui ſe regle par la

Loi du domicile; au lieu que par rapport aux Statuts qui exigent dans une femme l'assistance d'un Curateur, & dans un mineur le consentement des proches, nos Auteurs se divisent: les uns regardent ces choses comme pures formalités attachées aux Contrats *in quorum validitatem, solemnitates illæ ordinatæ fuerunt.* Ils veulent que ces Statuts ne rendent en aucune maniere la personne inhabile, *nec inhabilitatur quis ad contrahendum;* & ce n'est qu'une forme qu'ils prescrivent au contrat: *Sèd solum datur à Statuto forma sub quâ quis validè contrahere possit. Mascard. de General. Statutorum interpret. concl. 6, n. 26.* Les autres, au contraire, sentent bien qu'il y a du personnel dans ces Statuts; mais ils veulent que ce personnel soit restreint dans le lieu même, aux seules personnes qui y sont domiciliées, & aux biens qui y sont situés. *Non intelligitur,* dit M. Ch. du Molin, *nisi de subditis Jurisdictionis, & de bonis in eo territorio sitis;* de maniere que l'Etranger venant à contracter dans le lieu, des biens mêmes qui y sont situés, ne soit pas astreint au Statut.

Qu'il me soit permis de faire ici quelques réflexions sur la décision de M. Ch. du Molin.

M. Ch. du Molin dit, que si le Statut agit *in personam, non includit exteros, sivè habilitet, sivè inhabilitet personam.* Cette décision est juste. Il en fait l'application à un Statut qui ordonne, *quod contractus facti per minorem viginti quinque annis, non valeant sine consensu suorum propinquorum, & autoritate Judicis,* & il résout que ce Statut, *non intelligitur nisi de subditis suæ Jurisdictionis.* D'où il conclut que *minor dicti loci non poterit etiàm extrà locum prædia in eo territorio sita locare sine dicta solemnitate.* Jusqu'ici tout me paroît conforme aux grands principes; mais il ajoute, *sed benè extrà locum prædia alibi sita.* Il donne cette raison, *quià in quantum agit in personam, restringitur ad suos subditos, & in quantum agit in res, restringitur ad sitas intrà suum territorium. Exterus autem minor annis poterit etiàm de sitis intrà locum dicti Statuti, etiàm intra locum illum disponere;* & c'est précisément cette suite de décision qui ne paroît pas facile à entendre.

En effet M. Ch. du Molin regarde le Statut dont il parle, ou comme un Statut pur personnel, constituant l'état & la condition de la personne, ou comme un Statut réel, ou comme un Statut personnel réel, ou enfin comme un Statut de

pure ſolemnité, ou formalité. Au premier cas, & s'il eſt pur perſonnel, ce Statut, à la vérité, *non includit exteros.* Mais auſſi comment eſt-il poſſible de dire que ce mineur, hors le lieu de ſon domicile, pourra louer les biens qu'il a, ſitués ailleurs, ſans le conſentement de ſes proches, pendant que dans le lieu de ſon domicile il ne le pourra pas, d'une impuiſſance d'état & de condition ? Le principe général n'eſt-il pas que nous portons par-tout notre capacité, ou incapacité perſonnelle, *perſona ubiquè eſt uniformis ?*

Que ſi le Statut dont nous parlons eſt réel, comment peut-on dire que *non includit exteros ;* & qu'un mineur, parce qu'il ne ſera pas domicilié dans le lieu, pourra louer les biens qu'il y aura, ſans le conſentement de ſes proches ? N'eſt-ce pas un autre principe, que le Statut réel agit ſur les biens, & qu'on n'en ſauroit diſpoſer, ſi la Loi de la ſituation le défend par une diſpoſition particuliere & par le droit qu'elle a de commander aux biens ?

Si ce Statut appartient à la pure ſolemnité & formalité, comment pourrons-nous dire qu'il n'aſſujettit pas les non domiciliés contractants dans le lieu, fût-ce même à l'occaſion des biens qui y ſont ſitués ? & comment pouvoir dire, d'une autre part, que le mineur contractant hors de ſon domicile, à l'occaſion des biens qui ſont ſitués dans ſon domicile, ſera néanmoins aſtreint à cette formalité de ſolemnité ? Burgundus en a fait la remarque, *tract.* 1, *n.* 2, en parlant du Statut qui requiert la préſence des parents pour la validité des contrats qu'une femme pourroit paſſer, & en examinant l'avis de ceux qui prétendent que cette préſence de parents appartient à la formalité, *quod ſi verum eſt à Statuto perſonali procedere non poteſt, quia perſonæ Statutum non diſcutit, hoc enim non afficit perſonam aliquo genere incapacitatis undè nec reale eſſe contendunt, quià rebus non imprimitur, tamèn limitibus territorii concludunt, & conſequenter tàm peregrinas quàm incolas mulieres volunt præſentiam proximorum in contrahendo exigere, quod actus ſolemnes omninò ſortiuntur eſſentiam ſecundùm Leges Regionis in quâ celebrantur.*

Il reſteroit donc que ce fût une diſpoſition perſonnelle réelle. C'eſt pour ce cas ſeul que les principes de M. Ch. du Molin ſe vérifieront, du moins en partie, on pourroit dire, en conformité des principes de cette matiere, 1°, que *tale Statutum in*

*quantum agit in personam non intelligitur nisi de subditis suæ Jurisdictionis*, parce que le Statut, comme personnel, ne peut agir que sur la personne domiciliée; un Statut étranger ne pouvant jamais affecter celui qui n'est pas son Sujet & son Justiciable. 2°, Que, *in quantum agit in res, restringitur ad sitas intrà suum territorium;* parce que le Statut, quoique personnel, étant encore réel, ne peut se porter sur les biens situés ailleurs.

Mais comment pouvoir dire que ce Statut est un Statut personnel réel? On a dit, en l'Observation précédente, que les Statuts personnels réels s'adressent à des incapables par état, tel qu'un mineur, & qu'ils sont conçus en termes affirmatifs, & qu'en laissant ces incapables dans leur incapacité d'état, ces Statuts leur donnent néanmoins quelque capacité & habilité qu'ils n'ont pas par leur état.

Or ici c'est un mineur qui, par son état de minorité, est incapable, & qui, loin de rester dans son inhabilité d'état, est rendu par le secours de la formalité, habile pour passer non pas quelques contrats seulement, mais en général tous contrats. Ce ne peut donc pas être un Statut personnel réel.

M. Ch. du Molin ne nous donne pas à connoître de quel mineur il entend parler, si c'est d'un mineur émancipé, ou si c'est d'un mineur non émancipé.

S'il veut parler d'un mineur émancipé, & qui, malgré son émancipation, ne pourroit faire aucuns contrats, de quelque nature qu'ils fussent, sans le consentement de ses proches, un pareil Statut seroit bien bizarre: car l'émancipation, selon le droit général, n'est accordée à un mineur, que pour lui laisser l'administration libre & facile de ses biens, & faire tous contrats concernants cette administration.

Mais enfin tout bizarre qu'il seroit, il en faut déterminer la nature. Si l'on dit, ce qui ne me paroît pas possible, que ce Statut ne met qu'un empêchement particulier au pouvoir que le mineur a par son état & sa condition d'émancipé, que cet empêchement est réel, & que comme réel, il ne concerne que les biens situés dans le lieu de la prohibition, il sera vrai que le mineur émancipé pourra louer les biens qu'il a ailleurs, sans le consentement de ses proches, parce qu'il porte ailleurs son état d'émancipé, & que dans le lieu du domicile, il n'est incapable que d'une incapacité réelle; mais aussi l'on ne pourra pas dire qu'*exterus minor annis poterit etiàm de sitis intrà*

*locum dicti Statuti, etiàm intrà locum illum diſponere.*

Dira-t-on que ce Statut eſt perſonnel? Mais comment ce mineur, que nous ſuppoſons affecté d'une incapacité perſonnelle & d'état, pourra-t-il louer les biens ſitués ailleurs, *ſed benè extrà locum prædia alibi ſita*, puiſque ſon état & ſa condition le mettent dans une impuiſſance qu'il porte par-tout?

Que ſi le mineur dont parle M. Ch. du Molin, n'eſt pas émancipé, en ce cas il faut le regarder comme étant ſous la puiſſance de ſes proches, ne pouvant, par état, adminiſtrer ſans eux; mais ſi cela eſt, nous retombons dans le raiſonnement que nous venons de propoſer: comment ce mineur, dans l'impuiſſance par état, & par état ſous la puiſſance d'autrui, pourra-t-il louer les biens ſitués ailleurs? car la Loi de la ſituation ne peut pas donner une capacité perſonnelle à un homme qui, dans le lieu du domicile, eſt dans une incapacité d'état & de condition.

Que dirons-nous donc du Statut dont parle M. Ch. du Molin? Je réponds que ce Statut ne ſauroit jamais être que pur perſonnel, & que l'impuiſſance de faire aucuns contrats, *je dis aucuns*, ſans le conſentement des proches & l'autorité du Juge, ne peut être qu'une impuiſſance d'état & de condition; mais dès-lors il ſera impoſſible d'adopter généralement tout ce que dit ici M. Ch. du Molin.

J'en adopte néanmoins quelques principes, mais non pas l'application qu'il en fait à l'eſpece qu'il propoſe.

En effet, je dirai avec M. Ch. du Molin, 1°, *Quandò Statutum agit in perſonam, tunc non includit exteros, & reſtringitur ad ſuos ſubditos.* 2°, *In quantum agit in res, reſtringitur ad ſitas intrà ſuum territorium;* mais ces deux effets joints enſemble, n'ont jamais lieu que dans les Statuts perſonnels réels: car s'ils ſont purs perſonnels, ils agiſſent par ſuite & par conſéquence ſur les biens ſitués ailleurs, & s'ils ſont purs réels, *etiàm includunt exteros;* mais l'effet du Statut perſonnel réel eſt de donner une capacité qui n'affecte que les Sujets, & il ne les affecte que pour les biens de ſon territoire.

Dès-lors comme ce Statut perſonnel réel préſuppoſe une incapacité d'état dans la perſonne, je dis que celui qui n'eſt pas domicilié dans le lieu, & qui eſt incapable par état, ne pourra pas uſer du Statut perſonnel réel, & qu'il porte dans cette Coutume qui ne ſauroit l'habiliter, l'incapacité de ſon état. Mais, *voyez l'obſerv.* 13.

Quelle eſt donc la regle qu'il faut obſerver pour diſtinguer les différentes ſortes de Statuts ?

M. Froland, *page* 84 de ſes Statuts, dit qu'il y a quelques années, que dans une des conférences qui furent faites à notre Bibliotheque, on s'attacha fort à imaginer les moyens qu'il falloit mettre en œuvre pour connoître & diſtinguer au juſte la qualité d'un Statut.

La choſe, dit-il, parut difficile à toute l'aſſemblée, & la plupart des opinions ſe déterminerent à dire qu'en pareil cas, il falloit mettre toute ſon application à développer quel avoit été l'eſprit du Légiſlateur en l'établiſſant, & ſi ſon deſſein avoit été de faire tomber la permiſſion qu'il donnoit, ou la prohibition qu'il portoit, ou l'ordonnance qu'il renfermoit, ſur la choſe même, ſans faire aucune attention à la perſonne. Si, au contraire, le Légiſlateur avoit eu dans la permiſſion, la défenſe ou l'Ordonnance établie par ſon Statut, pour ſeul & unique objet la perſonne, ſans comprendre la choſe uniquement dans ſa diſpoſition, *Primario, & univerſaliter perſonam abſtractè ab omni materiâ reali ;* que dans le premier cas, le Statut devoit être conſidéré comme réel, & que dans le ſecond il étoit perſonnel.

Mais cette regle eſt-elle bien ſure encore, dit M. Froland ? diſſipe-t-elle les nuages épais qui de toutes parts environnent cette matiere ? & ne peut-on pas dire que nos Opinants ont bien été d'avis que dans le cas propoſé, le Juriſconſulte & le Magiſtrat devoient employer tous leurs ſoins à découvrir l'eſprit & l'intention du Légiſlateur ; mais qu'ils n'ont pas marqué aſſez poſitivement le chemin qu'il falloit prendre pour parvenir à cette découverte ſans s'égarer ?

Suivant ce que rapporte ici M. Froland, ce ſeroit à l'eſprit de la Loi qu'il faudroit s'attacher, & il paroît que M. Ch. du Molin a adopté en quelques occaſions ce ſyſtême.

C'eſt ainſi qu'il a eſtimé que le Statut de la Coutume de Normandie, qui permet à la femme de révoquer après la mort de ſon mari la vente qu'elle a faite de ſon héritage, étoit un Statut perſonnel, parce que le motif de la Loi étoit, ſelon lui, l'empire dur & deſpotique que les maris ont ſur leurs femmes dans cette Province.

Raiſon pour laquelle il a décidé que la femme Normande pouvoit revenir contre la vente de ſon héritage ſitué même hors

la Coutume de Normandie, parce que la raiſon de la Loi Normande devoit influer dans tous les endroits où la femme pouvoit avoir ſes biens.

Par la ſuite de la même raiſon, il a eſtimé que la femme Pariſienne pourroit aliéner ſes biens, fuſſent-ils ſitués en Normandie, & cela ſans pouvoir, après la mort de ſon mari, revenir contre l'aliénation, parce que, dit-il, la même raiſon ne ſubſiſte pas pour la femme Pariſienne. Il eſtimoit apparemment que l'empire des Pariſiens ſur leurs femmes étoit plus doux & moins abſolu. *Conſuetudo Neuſtriæ quod uxor vendens hæredium viro auctore, vel cùm eo, poſſit poſt mortem viri revocare, habet locum in ſubditis, non ſolùm pro bonis ſitis in Neuſtria, ſed etiam ubiquè, quià ratio conſtitutionis eſt quoniam in Neuſtria mulieres ſint ut ancillæ, multùm viris ſuis ſubditæ, qui ſunt avari, & fraudatores ut plurimùm, ita quod præſumptio fraudis in viro Normanno, & juſti timoris in fœminâ nuptâ habitandi in Neuſtriâ propter mores loci: hæc autem ratio concludit ubiquè ſivè Pariſiis, Lugduni, vel in Germaniâ ſita ſint, & etiam naturalis juſtitia, & ratio Juris communis concurrunt..... Secùs in uxore civis Pariſienſis, vel alterius loci, ubi leniùs tractantur, quia etiam pro prædiis ſitis in Neuſtria Statutum locum non haberet, etiam ſi ibi contractus fieret, tum quia non eſt ſubdita, tum quia ceſſat ratio.*

Burgundus a pareillement cru que le motif de la Loi pouvoit entrer en conſidération, pour décider quand il étoit perſonnel ou réel.

C'eſt par cette raiſon qu'il nous avertit qu'il eſt des Loix qui paroiſſent en tout ſemblables, & qui néanmoins ne le ſont pas, ſi l'on conſidere l'eſprit & l'objet de la Loi. C'eſt pourquoi, ſi l'on s'attache à l'eſprit de la Loi, qui défend aux Conjoints de s'avantager, cette Loi ſera perſonnelle chez les uns & réelle chez les autres. *Quamvis autem ſæpè numero accidat ut Lex, & conſuetudo per omnia ſimiles eſſe videantur, tamen hercule ſimiles omnino dici non poſſunt, ſi ad eandem utilitatem non tendant, hoc eſt eundem finem non reſpiciant. Sumamus enim exemplum donationis inter virum, & uxorem, quæ cum jure civili, tum moribus ſit interdicta, tamen in hac differentia eſt quod..... illo jure honeſtati, & concordiæ matrimonii duntaxat conſulitur, ſcilicet ne diſcuterentur hæc ipſa, ſi non donaret is qui poſſet. Apud nos autem intereſſe hæredis tantum eſt in conſideratione prohibitionis, cùm matrimo-*

*nia hodie nequaquam diſcuti, id eſt per divortium ſolvi poſſunt.* Et il en tire cette conſéquence, que la prohibition de ſe donner entre Conjoints étoit perſonnelle chez les Romains & réelle en Flandres. *Undè apparet hoc ipſum jus perſonæ reſpectu magis introductum, ideòque inter leges perſonales non abſurdè reponi. Apud nos verò longè alia eſt ratio prohibitionis..... & duntaxat inſpicimus intereſſe hæredis juraque ſucceſſionis quæ ſanè rebus potiùs quàm perſonæ ponuntur. tract.* 1°. *n.* 40, & ſuivants.

Burgundus s'attache donc à l'eſprit de la Loi plutôt qu'à la diſpoſition en elle-même. Rodenburgh au contraire paroît être dans un principe tout oppoſé; car il prétend qu'il faut ſe renfermer à conſidérer le matériel du Statut, la choſe qui eſt dans le Statut, ſans faire attention, ni à la perſonne à qui la Loi permet ou défend, ni au motif de la Loi, ni même à la perſonne qu'elle peut avoir eue en vue lors de la défenſe ou de la permiſſion, mais qu'il faut conſidérer ſimplement la choſe qui eſt compriſe dans la prohibition, la permiſſion ou la diſpoſition de la Loi, & la nature de cette choſe. Ce que dit à cette occaſion Rodenburgh, ſe trouve adopté termes pour termes par Abraham à Weſel, ſur les Conſtitutions d'Utrecht, *art.* 1, *n.* 14, *& art.* 16, *n.* 18. Ainſi pour raiſonner d'après les principes de ces deux derniers Auteurs, il faudroit dire que le Statut de Normandie, dont parle M. Ch. du Molin, & que celui concernant la prohibition de ſe donner entre Conjoints, dont parle Burgundus, ſeroient des Statuts réels. Le matériel de ces deux Statuts a pour objet, l'un les fonds appartenants aux femmes, l'autre les biens appartenants aux Conjoints, & il faudroit ſe renfermer à conſidérer la Loi de la ſituation, ſans remonter au motif & au principe qui a donné lieu à la Loi.

Par la même raiſon, il faudroit dire que la prohibition faite au mineur de donner ou léguer à ſon Tuteur ſeroit réelle : car cette prohibition a les biens pour matériel; cependant il eſt certain par rapport à ce Statut, qu'il faut dans ce cas moins s'attacher au matériel qu'à l'objet de la Loi, qui eſt de prévenir les ſurpriſes qu'un Tuteur pourroit faire à ſon mineur en abuſant de l'autorité qu'il a ſur lui.

Après toutes ces obſervations préliminaires, il me ſemble qu'on peut raiſonnablement exiger de moi que je m'explique ſur ces difficultés.

Voici

Voici donc ce que je penſe. Je diſtingue d'après M. Ch. du Molin deux ſortes de Statuts; ceux qui diſpoſent & ordonnent de maniere que le miniſtere de l'homme n'eſt pas néceſſaire, & ceux qui diſpoſent & ordonnent de ce que l'homme peut ou ne peut pas.

Quant aux premiers Statuts, c'eſt par rapport à eux qu'il eſt vrai de dire indiſtinctement, que c'eſt la matiere & le ſujet renfermés dans ces Statuts, qui décident de leur nature & de leur qualité.

C'eſt pourquoi ſi le ſujet & la matiere renfermés dans la Loi ſont perſonnels, la Loi eſt perſonnelle, & elle eſt réelle, ſi le ſujet & la matiere ſont réels. Par exemple, la Loi veut que les meubles & acquêts appartiennent aux plus proches parents, que les propres appartiennent aux héritiers de côté & ligne, elle veut que la femme ſoit ſous la puiſſance de ſon mari; que celui qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ſoit mineur; que celui qui a vingt-cinq ans ſoit majeur. Il eſt certain que dans tous ces Statuts, il n'eſt point queſtion du miniſtere de l'homme; la Loi agit, l'homme n'a rien à faire.

Or, par rapport à ces Statuts, je ne fais pas difficulté de dire que c'eſt le ſujet & le matériel, qui en déterminent la nature & la qualité.

Ainſi des Statuts que nous venons de citer, il y en a de réels, parce qu'il s'agit de biens, & il y en a de perſonnels, parce qu'il s'agit de régler l'état & la condition de la perſonne dont l'objet eſt pur perſonnel.

Mais quant aux Statuts qui diſpoſent & ordonnent ce que l'homme peut ou ne peut pas, la difficulté eſt plus grande, & voici, je crois, comment on doit s'y prendre communément pour en déterminer la nature & la qualité, du moins quant à la plus grande partie de ces Statuts.

Il faut, ſelon moi, examiner deux choſes: 1°. Quel eſt l'état & la condition de celui à qui la permiſſion eſt accordée ou à qui la défenſe eſt faite? 2°. La permiſſion ou la défenſe ſont-elles la ſuite, & la dépendance de l'état, & de la condition de la perſonne, ou ſont-elles contre ſon état & ſa condition? Si la permiſſion ou la défenſe ne ſont que la ſuite, & la dépendance de l'état, & de la condition de la perſonne, dès-lors cette permiſſion ou cette défenſe ne peuvent être que perſonnelles, fuſſent-elles dirigées vers les biens. Elles n'ajoutent,

& n'ôtent rien à la personne ; elles ne font qu'expliquer & que marquer ce que l'homme peut, ou ne peut pas par état. Si au contraire la permission, ou la défense sont contre l'état de la personne, il faut distinguer : ou elles troublent & dérangent son état, ou elles ne troublent & ne dérangent pas son état. Si elles troublent & dérangent son état, ce ne peut être que parce qu'en donnant à la personne un pouvoir qu'elle n'avoit pas par état, ou en lui ôtant celui qu'elle avoit, elles affectent la personne d'une affectation particuliere ; & dans ces cas, le Statut qui contient la permission, ou la prohibition, ne peut être que personnel ; que si l'état de la personne n'est ni troublé, ni dérangé, la personne restante dans le même état, & n'étant pas affectée, le Statut ne sauroit être que réel.

Ainsi, par exemple, la Loi du domicile rend un homme majeur, & elle lui permet expressément tous actes, ou singuliérement tels & tels actes ; il est certain que cette permission est la suite & la conséquence de son état de majeur : quand la Loi se seroit contentée de le rendre majeur, sans aller plus loin, il auroit pu, par état, faire tous ces actes ; cette permission est donc entiérement personnelle ; que si au contraire la Loi du domicile, après avoir fait un majeur, lui prohibe en particulier quelque acte, ou cette prohibition a pour objet quelque aliénation de fonds, ou elle a pour objet quelque acte personnel.

Au premier cas la défense est, à la vérité, contre l'état de la personne ; mais par cette défense particuliere, l'homme ne souffre aucune altération dans l'état de sa personne. *Non turbatur ejus conditio*, & par conséquent cette défense ne sauroit être que réelle ; la prohibition de la Loi arrête seulement l'exercice de son état en cette partie, & n'affecte en aucune maniere la personne ; *sed hoc scire oportet per Statutum reale personas non affici, vèl inhabilitari, hoc est qualitatem aliquam iis imprimi*, dit Burgundus ; cependant ces personnes peuvent être dites, en un sens, inhabiles ; *quià non sunt in eâ conditione constitutæ quam requirit Lex, & qualitas bonis ipsis impressa, tract.* 1°. *n.* 10 ; & par conséquent cette prohibition réelle sera renfermée dans le lieu du domicile : en sorte que si ailleurs il n'y a pas une pareille prohibition, l'homme majeur portant son état & sa condition par-tout, pourra librement agir par-tout ailleurs.

D'Argentré semble admettre que la personne est affectée par

ces sortes d'incapacités réelles; mais outre qu'il se sert d'un correctif qui fait connoître que c'est improprement qu'il parle, *talis, ut sic dicamus, afficientia*, il pense comme Burgundus, que ces incapacités particulieres sont réelles, & n'ont lieu que dans le territoire, en sorte que l'un & l'autre conviennent du même effet, quoique Burgundus veuille que la personne ne soit point affectée, & que d'Argentré semble insinuer une sorte d'affectation. *Si particulari aliquâ de causâ potentia agendi impediatur, circumscriptive ad aliquem actum, talis, ut sic dicamus, afficientia ad actum particularem arctata, non agit alibi quàm in loco afficiente, loco circumscripto, n.* 14.

D'où il suit que si dans le lieu du domicile le majeur n'est gêné dans aucun acte, & que dans le lieu de la situation il le soit pour quelques actes en particulier, ce majeur portera bien son état dans le lieu de la situation; mais y trouvant une prohibition réelle, il sera obligé d'y déférer, étant un autre principe que le Statut personnel du domicile cede au Statut réel de la situation; que si la défense faite au majeur, avoit pour objet quelque acte personnel, pour lors, *turbaretur ejus conditio*, & la défense, en ce cas, seroit personnelle: car il n'y a rien qui affecte plus la personne, qu'une prohibition qui lui est faite de s'engager & de s'obliger, comme je l'ai dit en vingt endroits.

Nous venons de parler de la permission & de la prohibition faite à des majeurs, parlons présentement de celles faites à des mineurs. Si la Loi du domicile qui fait un mineur, lui défend toutes sortes d'aliénations, &c. mais que la loi de la situation lui permette quelque aliénation en particulier, ou bien si la Loi du domicile lui permet quelque acte d'aliénation, & que la Loi de la situation le lui défende, ou encore si la Loi du domicile & celle de la situation lui permettent les mêmes actes d'aliénation, que faut-il décider dans tous ces différents cas? C'est ce qui demande quelques réflexions particulieres.

Dans la premiere espece, c'est-à-dire dans le cas où la Loi du domicile défend au mineur toutes sortes d'aliénations, mais où la Loi de la situation lui permet quelque aliénation en particulier, je ne crois pas que dans ce cas, l'on puisse jamais dire que le mineur ait droit d'aliéner le bien situé dans le lieu de la situation; parce que par la Loi du domicile, il est totalement incapable, & incapable par état & par condition. Or

la Loi de la situation qui ne régit pas la personne, ne sauroit l'habiliter pour aucuns actes, n'ayant pas droit sur sa personne, *nullam ab alio territorio qualitatem accipere potest;* & c'est ici que j'applique la maxime de Barthole. *C. de sum. Trinit. verbo Cunctos pop. n. 26, Statuta non possunt legitimare personam sibi non subditam, nec circà ipsam personam aliquid disponere.*

Dans la seconde espece, c'est-à-dire dans le cas où la Loi du domicile permet au mineur quelque acte d'aliénation, comme, par exemple, si la Loi permet à un mineur de donner ses propres à son conjoint par don mutuel, mais que la Loi de la situation le lui défende comme mineur, j'estime dans cette espece, que le Statut du domicile habilite effectivement le mineur pour cet acte qu'elle lui permet; mais que ne mettant dans ce mineur qu'une capacité particuliere, & son état personnel étant un état d'incapacité, l'homme porte par-tout son incapacité d'état, & ne peut porter ailleurs cette capacité particuliere de son domicile, au préjudice du Statut de la situation, cette capacité particuliere étant personnelle réelle.

En effet, si un homme capable par son état de disposer généralement de ses biens, en est néanmoins empêché quant au tiers, ou au quart de tous ses biens, ou de ses propres, seulement parce que la Loi de la situation en dispose, ainsi à plus forte raison un homme incapable par état, & qui n'a qu'une capacité particuliere, ne peut pas faire valoir cette capacité dans une Coutume qui ne l'admet pas, & qui prohibe cet acte particulier permis par la Loi du domicile. Ainsi si le mineur qui est domicilié dans une Coutume qui lui permet de faire une donation mutuelle de ses biens propres, en a qui sont situés en Coutumes qui le défendent au mineur, le don mutuel ne pourra pas s'étendre sur ces biens-là.

Enfin dans la troisieme espece, c'est-à-dire, dans le cas où la Loi du domicile & celle de la situation permettent à un mineur quelque aliénation particuliere, & dans certains cas, la difficulté est de savoir si les Loix de la situation & du domicile concourant à donner au mineur cette habilité particuliere, le mineur ne pourra pas user de la permission dans l'une & l'autre Coutume. Dans cette espece j'estime que, *summo jure*, la capacité particuliere que la Loi du domicile donne au mineur, ne pourroit avoir lieu en tout autre endroit, & qu'elle

eſt renfermée dans l'étendue du territoire du domicile, comme perſonnelle réelle ; mais néanmoins il faut convenir que la Loi de la ſituation trouvant la perſonne capable pour l'Acte en queſtion, *in eâ conditione conſtituta quam requirit Lex, & qualitas rebus ipſis impreſſa*, & cette Loi concourant avec celle du domicile, il eſt aſſez difficile de ne pas dire qu'à titre de fraternité, la Loi de la ſituation admettra la diſpoſition faite par celui qui, par la Loi de ſon domicile, a la même capacité que celle qu'elle donne elle-même. C'eſt ce que l'on peut induire de ce que dit Burgundus, *Tract.* 1°. *n.* 51, où il parle en ces termes, *ergo non audietur qui ea bona quæ unius ſunt Juriſdictionis ex jure alterius metiri poſtulet, niſi Juriſdictio ad quam vult porrigere doarium, ſimili jure regatur.*

Voici donc quels ſont mes principes.

### Premier Principe.

Toute Loi qui affecte la perſonne, & la fait être d'un certain état & d'une certaine condition, eſt une Loi perſonnelle.

### Second Principe.

Toutes les Loix qui permettent à une perſonne capable par état, ſinguliérement quelque Acte ordinaire de la ſociété, fût-il même un Acte réel, devroient être toutes regardées comme Loix perſonnelles, parce qu'elles permettent conformément à l'état & à la condition de la perſonne ; mais comme ces ſortes de permiſſions limitées renferment ordinairement une prohibition de diſpoſer au-delà, il arrive communément que ces permiſſions ſont réelles, quand l'objet eſt réel, & c'eſt ce qui conduit au troiſieme principe.

### Troisieme Principe.

Toutes les Loix qui défendent à une perſonne capable par état de faire en particulier quelque acte, ſont, ou pures réelles, ou pures perſonnelles, ſelon l'objet renfermé dans les défenſes. Elles ſont pures réelles, ſi l'objet eſt réel, & pures perſonnelles, ſi l'objet eſt perſonnel.

### Quatrieme Principe.

*Vice Versâ*, toutes les Loix qui défendent à un incapable par état, de faire en particulier quelque acte de la société civile, comme d'aliéner quelque fonds, ou même de s'obliger, sont des Loix personnelles, puisque ces défenses ne sont que la suite de l'état & de la condition de la personne.

### Cinquieme Principe.

Mais à l'égard des Loix qui permettent à cet incapable certains Actes qui lui sont défendus par son état, je dis que ces Loix sont encore personnelles; savoir, pures personnelles, si leur objet est personnel, & personnelles réelles, si leur objet est réel. Elles sont les unes & les autres personnelles, puisqu'elles habilitent à cet effet la personne inhabile par état, & elles sont personnelles réelles à raison de leur objet réel, pour lequel l'habilité personnelle est donnée.

Par exemple, la Loi dit que le majeur peut vendre & donner quelque portion de ses propres: je dis que cette Loi dans un sens est personnelle; elle ne fait que rendre l'effet, & exprimer le pouvoir que le majeur a par son état de majeur. Mais cette permission renferme ordinairement une défense au majeur d'aliéner au-delà de cette portion purement & simplement, ou comme dans la Coutume d'Artois, de les vendre sans nécessité jurée; ces prohibitions particulieres ne font pas que le majeur soit d'un autre état & d'une autre condition. Le majeur en tant que majeur a par son état une faculté libre & entiere de disposer de ses biens, & ces Loix particulieres mettent simplement des modifications & limitations à cette faculté générale quant aux propres, & c'est en cela même qu'elles sont réelles.

Au contraire la Loi permet au mineur marié, de faire donation à son Conjoint de tout, ou de partie de ses biens, cette permission ne change pas entiérement l'état du mineur, qui reste toujours mineur; mais elle l'affecte d'une capacité qu'il n'a pas par son état. Cette capacité est nécessairement personnelle; & comme l'acte permis est un acte réel qui n'est pas de son état, la capacité donnée à ce mineur est, à la vérité, personnelle, mais personnelle réelle.

### Sixieme Principe.

L'homme capable ou incapable par état, ſelon la Loi de ſon domicile, porte cette capacité ou incapacité par-tout, parce que par-tout il porte ſon état & ſa condition, en ſorte qu'encore que dans la coutume de la ſituation des biens, il n'eût pas, s'il y étoit domicilié, la même capacité d'état & de condition, il ne doit pas pour cela ceſſer d'être regardé comme capable par état, même dans cette Coutume, & comme tel il jouira de toutes les prérogatives, ou ſouffrira de toutes les défectuoſités, dont jouiſſent ou que ſouffrent dans cette Coutume, ceux de ſon état.

En effet, c'eſt à la Loi ſeule du domicile que l'état de la perſonne eſt ſoumis, & ainſi affectée elle porte les prérogatives, ou les défectuoſités de ſon état, dans toutes les autres Coutumes, où elle n'a à ſurmonter que les obſtacles qui naiſſent d'un état différent. Cette perſonne ne peut, ni ſouffrir, ni profiter de la diverſité des Loix à cet égard, parce que cet état différent ne ſauroit faire impreſſion ſur ſa perſonne, qui n'eſt ſoumiſe quant à ce, qu'à la Loi de ſon domicile, & qu'il eſt de principe que le Statut perſonnel du domicile concourant avec le Statut perſonnel de la ſituation, le premier l'emporte ſur le ſecond.

Je vais faire ſentir toutes ces choſes par une comparaiſon tirée de l'habilité, ou inhabilité corporelle de l'homme.

Un homme eſt diſpos de tous ſes membres, il peut alors faire tous les mouvements qui ſont naturels à l'homme diſpos.

Ainſi quand, en parlant de cet homme, je dirai qu'il peut faire tels & tels mouvements particuliers, je ne fais qu'exprimer ce que l'heureuſe habitude corporelle de la perſonne lui permet de faire, & je n'ajoute rien à ſon habilité corporelle.

Cet homme diſpos eſt par la ſuite bleſſé en quelque partie de ſon corps : s'il ne perd pas toute l'habilité corporelle qu'il avoit auparavant, il la perd néanmoins dans la partie qui eſt affligée, & l'obſtacle eſt en lui-même, & le ſuit par-tout *.

* . . . . . *Conjectâ cerva ſagittâ*
. . . . . *Silvas ſaltuſque peragrat*
*Dictæos : hæret lateri letalis arundo.* Virgil. Æneid. lib. 4.

L'homme diſpos, & non affligé dans aucune partie de ſon corps, va librement par-tout; mais il rencontre un grand foſſé, une riviere qui l'empêche de paſſer, cet homme n'en eſt pas moins diſpos; il eſt arrêté, & ne ſauroit paſſer outre, & cela par un obſtacle qui eſt hors de lui-même.

L'homme diſpos, c'eſt l'homme majeur qui peut faire tous les Actes du Commerce civil.

Quand la Loi, en parlant du majeur, dit qu'il peut vendre tels & tels biens, faire tels & tels Contrats; elle ne fait qu'exprimer ce que l'état de majeur lui permet de faire, & n'ajoute rien à ſon habilité civile.

L'homme diſpos, mais bleſſé en quelques parties de ſon corps, eſt le majeur à qui la Loi défend quelque acte perſonnel. L'obſtacle eſt en lui; mais il eſt toujours majeur, & ſon état de majorité eſt altéré en cette partie.

Si ce majeur ne ſouffre aucune altération dans ſon état, & n'eſt empêché d'agir que par une diſpoſition réelle, c'eſt un empêchement qui eſt hors de lui-même, & c'eſt préciſément l'homme diſpos, & non affligé dans aucune partie de ſon corps qui va librement par-tout; mais qui eſt arrêté par quelque riviere ou quelque foſſé.

Suppoſons maintenant un homme infirme, & dans un état général de foibleſſe; cet homme ſera par-tout infirme & impotent. Je fais prendre à cet homme infirme une doſe de quelque choſe extrêmement ſpiritueux: je lui donne des forces; mais je ne le guéris pas de ſon infirmité habituelle; ſes forces ſont augmentées; il pourra plus qu'il ne pouvoit auparavant; mais il eſt toujours infirme, & il ſuccombera, s'il ne trouve rien qui entretienne ſes forces.

Or, l'homme infirme, & dans un état général de foibleſſe, c'eſt le mineur, l'interdit de tous ſes biens, &c.

Si la Loi lui permet quelque Acte particulier, il reçoit par-là une habilité, non pas entiere & totale: car il reſte toujours infirme, c'eſt-à-dire, mineur & inhabile par état; mais il reçoit un ſecours qui lui donne des forces; il peut par le bénéfice de la Loi, ce qu'il ne pouvoit pas par ſon état d'incapacité. C'eſt juſtement mon infirme à qui je donne une doſe ſuculente, & dont j'augmente les forces; mais qui ne ceſſe pas pour cela d'être infirme.

Cet infirme ainſi fortifié n'ira pas bien loin; ſes forces ſont petites,

petites, il ſuccombera s'il fait effort pour aller au-delà de la Coutume qui l'habilite.

Mais ſi quelques autres Coutumes ſont ſemblables, il y portera ſon habilité particuliere. C'eſt là ce quelque choſe qui entretient les forces de mon infirme.

Ainſi quand on voudra décider de la nature d'un Statut, dans lequel le miniſtere de l'homme eſt néceſſaire, j'examinerai ſi ce Statut permet ce que l'état de la perſonne lui permet, ou s'il lui défend ce que ſon état lui défend, & je le dirai perſonnel, de quelque nature que ſoit la choſe permiſe ou défendue, dans le ſens expliqué ci-devant au ſecond principe.

Mais ſi le Statut permet à la perſonne ce que ſon état ne lui permet pas, ou lui défend ce que ſon état lui permet, pour lors le Statut qui permettra contre l'état de la perſonne, ſera néceſſairement perſonnel; ſavoir, ou pur perſonnel, ou perſonnel réel, ſelon la nature de la choſe permiſe; & le Statut qui défendra contre l'état de la perſonne, ſera ou perſonnel, ou réel, ſelon que la choſe défendue ſera perſonnelle, ou réelle.

J'ai dit ci-devant que pluſieurs de nos Auteurs avoient eſtimé que pour décider de la nature d'un Statut, il falloit s'attacher au motif de la Loi; que Rodenburgh au contraire avoit eſtimé qu'il falloit s'attacher au matériel, & je crois ce dernier avis le meilleur.

Je ne prétends pas néanmoins indiſtinctement que le motif de la Loi ne puiſſe quelquefois entrer en conſidération pour déterminer la nature du Statut; mais, 1°, c'eſt une exception & non pas un principe. 2°, J'exige que le motif de la Loi ſoit ſi nettement & ſi clairement exprimé, qu'il ne ſoit pas poſſible d'en douter.

C'eſt pourquoi ſi le motif de la Loi eſt la ſimple conſervation des biens, il faudra ſuivre la Loi de la ſituation.

Mais ſi le motif de la Loi eſt pur perſonnel, & pour le ſeul avantage de la perſonne, je crois la Loi perſonnelle.

Ainſi ſi dans les Coutumes qui défendent aux conjoints de ſe donner, la Loi diſoit en termes clairs & précis, que c'eſt dans la crainte de troubler la tranquillité de leur union, &c. je dirois volontiers que ce Statut, à raiſon de ſon motif, ſeroit perſonnel, & en cela je ne contredirois pas ceux qui regardent la prohibition entre conjoints de s'avantager, comme

réelle, je ne contredirois que leur raiſon de décider, qui eſt, ſelon eux, la conſervation des biens dans la famille, *intereſſe hæredum;* ce qui ne pourroit plus ſe dire, ſi le motif de la Loi étoit ſi clairement perſonnel.

C'eſt effectivement parce que pluſieurs de nos Auteurs ont cru que la prohibition entre conjoints, avoit pour motif la paix & l'union entr'eux, qu'ils ont eſtimé que cette prohibition étoit perſonnelle. Coquille (*queſt.* 227) après avoir cité Alexand. *conſ.* 17, *vol.* 1. & du Molin qui *in Annot. ad hoc Alexandri conſil. dicit quod omnes conſuetudines ſunt reales*, s'exprime ainſi. *Sed vix eſt ut poſſim amplecti eam opinionem; non quod exiſtimem præciſè diſtinguendum eſſe an* (*Statuta*) *ſint concepta in rem, vel in perſonam quoadmodum loquendi; plerumque enim verbis vulgaribus, & uſui populari accommodatis uſi ſunt qui conſuetudines compoſuerunt, quaſi inter vulgus, non quaſi inter doctos ſermonem facientes. Sed potius attendendam eſſe mentem, & rationem Legis quæ verbis ipſis potior eſt; ut ſi conſuetudo reſpiciat directo utilitatem, vel honorem, vel exiſtimationem perſonarum, liget eas perſonas, ne poſſint diſponere de bonis in alio territorio ſitis. Quià perſona ei Legi alligata perſonaliter, eo quod domicilium in eo territorio habet, non poteſt exercere voluntatem ſuam in diſponendo ultrà quam ei ſua Lex permittat. Veluti conſuetudo Pariſienſis prohibet viro & uxori mutuo ſibi legare in teſtamento. Quod ideò fit ne per occaſionem lucri plùs, vel minùs ſeſe invicem ament. Nec malè quis dixerit eandem eſſe rationem donationis inter vivos, & cauſa mortis; nam etſi hæc revocari poſſit, efficiet donatarius blanditiis, vel timore donatoris, ne minùs ametur, ut donatio non revocetur.* » Pourquoi il ſemble » que cette prohibition de donner par teſtament, regarde les » bonnes mœurs, & ſert à la conſervation de la ſincere & nette » amitié entre les mariés, qui eſt directement à l'utilité des » perſonnes qui, comme dit eſt, ont leurs volontés ſujettes à » la Coutume de Paris, & à ce moyen n'ont pouvoir de diſpo- » ſer de leurs biens, ors qu'ils ſoient aſſis en la Province où il » eſt permis à mari & femme de donner : car la diſpoſition & » donation prend ſa ſource eſſentielle de la volonté de celui qui » donne; & ſi cette volonté eſt en interdiction, elle ne peut pro- » duire aucun effet en un lieu, non plus qu'en un autre. *Omnes* » *enim contractus ab initiis, & ab ipſâ origine conſiderandi ſunt,*

» *& directo à perſonâ contrahentium vim accipiunt. L. ſi fil. famil.* » *ff. de verb. oblig. L. quæcumque, ff. de act. & oblig.* Ainſi en gé- » néral il ſe doit dire que les diſpoſitions & actes qui ont leur » vraie origine dans la volonté d'aucun, doivent ſe régler par la » Coutume du lieu auquel il eſt domicilié; que ſi la Coutume » ne regarde point directement les bonnes mœurs, utilité & hon- » neur des perſonnes, comme ſi elle diſpoſe des choſes comme » moyennes & indifférentes, je voudrois bien croire que le con- » trat, ou teſtament auroit ſon effet ès biens de chacune Cou- » tume, ſelon que ladite Coutume permet. »

Si dans quelque cas particulier il étoit difficile de bien diſcerner le Statut réel d'avec le Statut perſonnel, ce qui ne peut arriver jamais que par rapport aux Loix qui exigent le miniſtere de l'homme, en ce cas j'ai dit dans le Diſcours préliminaire de mes Queſtions mixtes, qu'il falloit plutôt eſtimer le Statut réel que perſonnel. Un grand Magiſtrat*, à la premiere lecture de cette regle, a penſé qu'il faudroit en admettre une toute oppoſée; ſavoir, que quand la nature du Statut ne ſe développe pas abſolument, il vaut mieux le préſumer perſonnel; & en attendant qu'il pût examiner ſérieuſement la queſtion, voici les deux réflexions qu'il m'a envoyées.

* M. le Préſident Bouhier.

1°, Dans le doute il eſt plus naturel que les choſes cedent aux perſonnes comme plus nobles, que de faire céder les perſonnes aux choſes; ainſi dans l'ambiguité du Statut, il vaut mieux l'interpréter en faveur de la perſonne.

2°, On ne peut diſconvenir que les Loix, dont l'exécution eſt ſimple & facile, ne ſoient préférables aux autres. Or, telle eſt la nature de celles qui reglent les biens par la qualité de la perſonne plutôt que par celle des biens.

Ces réflexions ſont judicieuſes & dignes du Magiſtrat qui les propoſe; mais il faut convenir, 1°, que ce ſyſtême combat abſolument la déciſion de nos meilleurs Juriſconſultes qui, dans le mêlange de la perſonne & des biens, donnent volontiers la préférence à la réalité. *Statuta quantumlibet concepta in perſonam, rerum mixtura evadere in realia, & Legem capere à Statutis ſitus (intelligi poteſt.)* D'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 21. C'eſt pourquoi Burgundus décide nettement en deux endroits, que la perſonne doit céder à la choſe. *Perſona naturæ ac conditioni rei ſe accommodat.* Tract. 1°. n. 11 & 12. *Bona perſonam non ſe-*

*quuntur, ſed perſonas ipſas ad ſe trahunt, n.* 14, & ce ſyſtême eſt celui qui regne volontiers en Flandres, en Hollande & en Allemagne.

Je ſais bien qu'on abuſe de ces principes, & qu'on les pouſſe trop loin ; mais cet abus même fait connoître le penchant que l'on a de donner la préférence à la Loi qui régit la choſe. Que l'on renferme le principe dans ſes juſtes bornes, & l'on touchera au vrai. 2°, Le ſyſtême du Magiſtrat pourroit être admis, ſi la perſonne & les biens étoient renfermés ſous l'étendue d'une même Loi ; c'eſt pour ce cas où il ſeroit vrai de dire que la Loi commande plutôt aux perſonnes, qu'aux biens ; mais comme les perſonnes ont leurs biens répandus ſous différentes Coutumes, que la Coutume de la ſituation ne ſauroit commander à la perſonne, & que celle du domicile ne peut pas toujours, & de droit commun, commander aux biens, il faut néceſſairement conſerver les droits des unes & des autres. Or, dès qu'il y a un mêlange de la perſonne & des biens, & que la nature du Statut ne ſe développe pas ſuffiſamment, il n'y a rien de plus naturel que de les régler par la Loi de la ſituation, qui, de droit, commande aux biens, ſi nous ne ſommes pas preſſés par quelque autre raiſon ſupérieure.

En ſuivant ce parti, vous n'étendez point la domination de la Loi : elle commande dans l'étendue de ſon territoire, & elle commande à des biens qui lui ſont ſoumis. Au lieu que ſi vous eſtimez ce Statut perſonnel, c'eſt pour en étendre la diſpoſition dans une domination étrangere, & ſur des biens exempts de toute autre domination ; ce qui eſt contre les principes, *quià ſicut limitatur potentiæ cauſa, etiàm debet limitari effectus.* Or, la puiſſance & l'autorité de quelque Loi que ce puiſſe être, *coarctata eſt intrà limites proprios, nec ſe extendit ulteriùs.* Il eſt vrai que ſi dans une même domination, on vouloit fixer ce point de Juriſprudence, il pourroit être avantageux d'introduire la maxime du Magiſtrat, préférablement à l'autre. Mais j'ai propoſé celle-ci ſur l'état actuel des choſes, & comme un principe en cette matiere, auquel il faudroit déroger expreſſément, & je ſuis perſuadé que la Loi contraire ne ſeroit goutée, ni de nous, ni de nos voiſins.

M. le P. Bouhier a fait encore depuis de nouvelles réflexions ; & dans le premier tome de ſa Coutume de Bourgogne, il a compoſé le Chap. 36, exprès pour faire voir que pareils Sta-

tuts devoient être regardés comme personnels. En voici le titre. *Si dans le doute un Statut doit être tenu pour réel, ou pour personnel.* Il observe d'abord que le doute ne peut jamais tomber sur une Loi dont la disposition est exorbitante du droit commun, & que cela seul suffit pour la faire déclarer réelle; que par conséquent la difficulté ne sauroit rouler que sur un Statut qui ait quelque fondement dans le droit naturel, ou dans le droit commun. Or, dit-il, un pareil Statut est personnel, parce qu'ayant le concours de l'équité naturelle & du droit commun, il a tout ce qu'il faut pour être appliqué & étendu par-tout, même sur tous les biens, quoique situés hors de l'étendue de son empire. *Si fundatur,* dit M. Ch. du Molin, *in ratione boni universi, & in causâ habente concursum justitiæ naturalis, vel juris communis;* parce que dans ce cas, *ratio, & æquitas simùl junctæ sunt medium per quod fit extensio.*

La raison qu'il en donne est que le Droit naturel est la Loi primordiale de toutes les Nations; & à l'égard du Droit commun, qu'il dit être le Droit Romain, il est le Droit ancien & foncier du Royaume, & presque toujours fondé sur les regles d'équité, dont il faut faciliter le retour, ou du moins nous en rapprocher autant qu'il est possible. C'est pourquoi quand on peut donner à un Statut deux interprétations opposées, il faut préférer le parti qui tend le plus à favoriser le Droit commun. D'ailleurs en concurrence de la personne & de la chose, la personne doit régulièrement l'emporter. Ainsi, dans le doute, le Statut doit être présumé plutôt personnel que réel, d'autant plus que les Loix sont principalement faites pour la personne.

Enfin le bien public demande qu'on l'étende le plus qu'il est possible: la réalité des Coutumes engendre quantité de procès; au contraire, il ne résulte aucun inconvénient de la personnalité. Il est fort indifférent aux peuples qu'un Statut soit déclaré réel ou personnel; mais il importe de se déterminer pour le bien public, quand il se trouve concourir avec le Droit commun & avec l'équité. Voilà le véritable fil qui doit nous guider dans l'ambiguité de certaines Loix; il faut préférer le parti le plus simple. *In Leg. simplicitas magis quàm difficultas nobis placet.* Cependant il ne faut pas que cela donne atteinte au Droit municipal d'une Province, parce que, selon ce Magistrat, les inconvénients qui peuvent naître de la réalité, ne

doivent pas renverſer le Droit principal d'une Province. C'eſt en faiſant l'application de tous ces principes qu'il eſtime que les Coutumes qui prohibent les donations entre maris & femmes, ſont perſonnelles, parce qu'elles ſont plus conformes au Droit commun (*Droit Romain*) & ont pour motif un intérêt public, qui mérite toutes ſortes de faveurs.

Par la même raiſon, les Statuts qui autoriſent les renonciations expreſſes, ou tacites des filles aux ſucceſſions paternelles & maternelles, ſont perſonnelles, parce qu'elles ſont d'un ancien uſage qui étoit preſque univerſel en ce Royaume, qui par cette raiſon peut paſſer pour un Doit commun. C'eſt encore par la même raiſon, que dans le cas ou l'on demande ſi une femme mariée, & domiciliée dans une Coutume qui lui laiſſe toute liberté de s'obliger, peut hypothéquer les biens qu'elle a en Normandie, ce Magiſtrat s'eſt déterminé pour l'affirmative, pace que ce parti a pour lui la conformité au Droit écrit, qui permet de renoncer au Velleien, & avec le Droit commun du reſte de la France, où ce Sénatuſconſulte eſt abrogé comme contraire à la liberté naturelle de la France.

Enfin, M. le P. Bouhier, finit cette ſavante Diſſertation par un autre principe, qui eſt que l'on doit conſidérer comme exprimé dans un Statut, tout ce que les Rédacteurs y auroient vraiſemblablement exprimé, ſi on leur avoit demandé de s'en expliquer. Or, il eſt vraiſemblable qu'ils euſſent déclaré perſonnelle leur diſpoſition. Tant de belles réflexions devroient m'effrayer, & me faire tomber la plume de la main; mais ce Magiſtrat n'a eu en vue que le bien public : ce motif qui m'eſt commun avec lui, me donne du courage.

Il faut mettre la difficulté dans ſon véritable point de vue. Si le Statut ne dirige clairement & diſtinctement que la perſonne, on ne ſauroit douter qu'il ſoit perſonnel. S'il ne dirige clairement & diſtinctement que la choſe, on ne ſauroit encore douter qu'il ſoit réel. Il ne peut donc y avoir de difficulté que quand il y a un mêlange de la perſonne & des biens, c'eſt-à-dire, quand le Statut parle également de la perſonne & des biens. C'eſt pour ces Statuts ſeulement que d'Argentré appelle *mixtes* que l'on peut douter s'ils dirigent plutôt la perſonne que les biens; mais entre ces Statuts j'en diſtingue de pluſieurs ſortes : il y en a qui parlent également de la perſonne & des biens, mais ſans rien exiger du fait & du miniſtere de la per-

ſonne. Tels ſont les Statuts qui adjugent les propres dans les ſucceſſions à certains parents plutôt qu'à d'autres; ceux qui donnent à certains parents le droit de retraire les propres aliénés; ceux qui adjugent aux aînés, des droits d'aîneſſe; ceux qui prononcent des forcluſions contre les filles dans les fiefs; ceux qui admettent ou refuſent aux petits enfants le droit de repréſentation dans la ſucceſſion de leurs aïeux, & une infinité d'autres où la Loi dirige la perſonne & la choſe, de maniere qu'elle regle la choſe pour l'homme, ſans que l'homme agiſſe, & que ſon intervention ſoit néceſſaire, & par rapport à ces Statuts, il eſt difficile qu'ils puiſſent faire naître quelque doute, & chacun convient aſſez qu'ils ſont réels.

Mais il eſt des Statuts qui contiennent un mêlange de la perſonne & des biens, en réglant l'action & le miniſtere de l'homme par rapport aux biens, c'eſt-à-dire, qu'il eſt des Statuts qui reglent ce que l'homme peut ou ne peut pas par rapport à certaines choſes. C'eſt préciſément à raiſon de ces Statuts que l'on peut douter s'ils ſont réels ou perſonnels, & j'en diſtingue encore de deux ſortes. Il y en a qui dans ce mêlange de la perſonne & des biens, ne dirigent viſiblement les biens que par la conſéquence de l'état & de la condition générale de la perſonne, & ceux-là ſont inconteſtablement perſonnels; c'eſt le cas où il eſt vrai de dire que la perſonne doit l'emporter ſur la choſe: tels ſont ces Statuts. *Le mineur ne peut aliéner ſes biens; le majeur peut aliéner ſes biens; la femme ne peut contracter, ni aliéner ſans autoriſation de ſon mari; le mineur ſans l'autorité du Tuteur.*

Il en eſt d'autres qui contiennent un mêlange de la perſonne & des biens, & où l'action & le miniſtere de l'homme eſt néceſſaire; mais il n'eſt pas ſenſible, s'ils parlent de la perſonne incidemment aux biens, ou des biens incidemment à la perſonne. C'eſt par rapport à ces Statuts qu'il peut y avoir difficulté à ſe déterminer pour la perſonnalité ou pour la réalité, & c'eſt de ces Statuts dont j'ai voulu parler, lorſque j'ai dit que dans le doute il falloit plutôt ſe déterminer pour la réalité, & ma raiſon eſt, (il eſt bon de la répéter) que ces Statuts ordonnant par rapport aux biens, la Loi du territoire & de la ſituation de ces biens, en eſt naturellement, civilement & politiquement la maîtreſſe & la ſouveraine. Cette Loi ne défere à la Loi de la perſonne que dans les choſes qui dépendent de

l'état & de la condition de la perſonne, & cela, même non pas de droit, mais par une eſpece de concours & de déférence générale des Loix pour le bien indiſpenſable du commerce & de la ſociété.

Quand nous agitons la queſtion de la perſonnalité, ou de la réalité des Statuts, c'eſt pour diſcerner les différents effets des Statuts. Si nous diſons qu'un Statut eſt plutôt perſonnel que réel, ce Statut n'agira que ſur les ſeuls domiciliés, & pourra par ſuite & par conſéquence agir ſur les biens. Si nous l'eſtimons réel, il n'agira que ſur les biens de ſon territoire, & il fera Loi pour les Etrangers comme pour les domiciliés. Ce n'eſt donc pas ſans beaucoup de raiſon qu'il eſt important de fixer la nature du Statut, & dans le doute j'eſtime qu'il eſt plus naturel, dès que le Statut contient un mêlange des biens & qu'il ne ſe développe pas avec une ſorte d'évidence, de l'eſtimer réel pour ne pas faire régir les biens par une Loi étrangere, & ne pas donner atteinte à la Loi de la ſituation.

Si l'on jugeoit qu'un Statut qui ne ſe développe pas ſuffiſamment, eſt plutôt perſonnel que réel, c'eſt parce qu'on eſtimeroit qu'il agiroit plutôt ſur la perſonne que ſur la choſe; mais comme nous ſuppoſons que ce Statut ne regle pas l'état général de la perſonne, & que ce qu'il ordonne par rapport aux biens, n'eſt pas la ſuite & la conſéquence naturelle de ſon état, il s'enſuit que s'il agiſſoit ſur la perſonne, ce ſeroit en la rendant capable, ou en la rendant incapable contre ſon état général. Par exemple, un homme eſt mineur par ſon état général: la Loi lui permet, lorſqu'il eſt marié, de faire un don mutuel avec ſon Conjoint. Cette capacité eſt contre ſon état général de minorité.

Au contraire, un homme eſt majeur, & par une Loi particuliere, il lui eſt défendu de donner entre-vifs plus du tiers de ſes propres. Cet homme ne peut donner au-delà du tiers; cette défenſe eſt contre ſon état de majorité. Au premier cas, ſi le Statut rend l'homme capable pour quelque choſe, d'incapable qu'il eſt par état, ce Statut eſt à la vérité perſonnel, puiſqu'il habilite un incapable; mais cette perſonnalité ſe réduit à un effet tout réel, parce que ſon état général étant un état d'incapacité, la Loi du domicile ne l'habilite que pour la choſe qui eſt ſituée dans ſon étendue. Hors delà il porte ſon incapacité d'état, parce qu'il eſt par état par-tout, tel qu'il eſt par la Loi de

de ſon domicile, & que la capacité particuliere qui l'affecte ne peut agir que dans l'étendue ſeulement de ce domicile, ſi la perſonne eſt rendue incapable pour quelque choſe en particulier, quoique d'ailleurs elle ſoit capable par ſon état, cette incapacité eſt toute réelle, parce qu'étant capable par état, elle porte cette capacité par-tout, & qu'elle n'eſt incapable que dans le lieu de ſon domicile, & pour la choſe qui y eſt ſituée, de ſorte que cette incapacité ne touche pas à ſon état général.

Ainſi l'on voit qu'à l'exception des Statuts qui reglent l'état général de la perſonne, & les choſes par la ſuite, & la conſéquence de cet état, tous les autres Statuts qui diſpoſent des perſonnes par mêlange avec les choſes, ſont naturellement réels; ſi on ne veut dire qu'il en eſt quelques-uns de perſonnels réels, ce qui produit toujours un effet renfermé dans le lieu de la ſituation de la choſe, qui eſt l'effet des Statuts réels. Donc dans le doute, lorſqu'un Statut diſpoſe de la perſonne & des biens, & qu'il ne ſe développe pas ſuffiſamment, il eſt plus naturel de le préſumer réel, parce que dès qu'il s'agit de choſes qui ont leur ſituation, il eſt plus naturel de les laiſſer gouverner à la Loi où elles ſont ſituées, qu'à une Loi étrangere qui n'a nulle autorité ſur elles directe & principale, & que la Loi du domicile n'agit jamais ſur les choſes ſituées ailleurs, que lorſqu'il eſt certain qu'elle agit par une ſuite néceſſaire de l'état perſonnel de la perſonne.

M. le P. Bouhier invoque le bien & l'utilité publique : je l'invoque comme lui; mais nous ne le faiſons pas conſiſter dans les mêmes choſes, & nous prenons des routes différentes. Ce Magiſtrat veut que le doute par rapport à la recherche que nous faiſons des Statuts perſonnels & réels, ne puiſſe jamais tomber ſur une Loi dont la diſpoſition eſt exorbitante du Droit commun, & que cela ſeul ſuffit pour le dire réel.

Cette propoſition me paroît un peu haſardée; car, 1°. la majorité parfaite fixée dans la Coutume de Normandie, à l'âge de vingt ans, par l'Arrêt de réglement, du 7 Février 1620, peut être à bon titre enviſagée comme exorbitante du Droit commun de la France, où la majorité parfaite eſt fixée à vingt-cinq ans; cependant cette majorité n'eſt pas réelle. Ce Magiſtrat en fait lui-même la remarque, *Ch.* 16, *n.* 197 : il n'eſt pas toujours vrai, dit-il, que les Statuts contraires au Droit commun, ne puiſſent être étendus hors de leur territoire; ceux qui

avancent le temps de la majorité, ou qui reculent l'âge de teſter, ſont conſtamment contraires à ce Droit ; cependant on ne doute pas qu'ils ne ſoient perſonnels.

2°. Le ſyſtême de M. le P. Bouhier, eſt que tout Statut qui eſt conforme au Droit commun, eſt un Statut perſonnel. Je prétends au contraire que ce qui forme un Droit perſonnel, n'eſt pas la conformité du Statut avec le Droit commun : il faut examiner dans ce cas ſi le Statut a pour objet principal & dominant la perſonne, ou les biens; s'il eſt fondé, *in ratione bonorum conſervandorum ſui territorii*, ou s'il agit, *principaliter in perſonam*. Par exemple, la repréſentation en ligne directe eſt un Droit commun, ſoit que ce Droit commun ſoit le Droit romain, ſoit que ce ſoit le Droit françois ; cependant ce Droit de repréſentation eſt un Droit réel. En effet, comment pourroit-on qualifier Statuts perſonnels, des Loix qui régiſſent uniquement les ſucceſſions ? ces Loix agiſſent-elles ſur la perſonne ? l'affectent-elles ? reglent-elles l'action & le pouvoir de l'homme ? comment donc les diroit-on perſonnelles ? ſeroit-ce pour leur donner la même extenſion qu'ont les Loix perſonnelles ? elles ſont néanmoins bornées de leur nature, dans l'étendue de leur territoire : car l'homme qui recueille une ſucceſſion dans une Coutume qui admet la repréſentation, & qui ne vient que par repréſentation, ne pourra pas ſuccéder dans une Coutume de non repréſentation ; & *vice verſâ*, la perſonne qui ne recueille pas dans une Coutume de non repréſentation, pourra ſuccéder dans une Coutume de repréſentation.

Ainſi voilà deux Loix, l'une admettant la repréſentation, & l'autre ne l'admettant pas : l'une a le concours du droit commun, & l'autre eſt exorbitante ; cependant elles ſont toutes deux réelles. Il ne faut donc pas dire que tout Statut qui eſt conforme au Droit commun, ſoit un Statut perſonnel, cela dépend de ce qui fait le fond de la Loi, ſi c'eſt principalement à la perſonne qu'elle en veut, ou ſi c'eſt aux biens, & c'eſt ce qui n'eſt pas toujours bien clair. Mais s'il eſt vrai que la difficulté ne puiſſe rouler que ſur un Statut qui ait quelque fondement dans le Droit naturel, ou dans le Droit commun, il ſembleroit au contraire, qu'un pareil Statut ne pourroit être ſuſceptible d'aucun doute, s'il eſt vrai que la regle ſoit de réputer perſonnel tout Statut qui eſt conforme au Droit com-

mun. Mais qu'un Statut ait ſa ſource dans le Droit commun, ou non, c'eſt bien une raiſon, comme penſe M. Ch. du Molin, pour lui donner de l'extenſion, au lieu de le reſtreindre; mais ce ne peut pas être parce qu'il eſt perſonnel, mais comme droit raiſonnable & tendant au bien commun. C'eſt pourquoi on l'étendra dans les Coutumes muettes, dans celles mêmes ſujettes à interprétation, pourvu que les autres diſpoſitions de nos Coutumes ne ſoient pas répugnantes; & néanmoins s'il eſt réel en ſoi, il reſtera toujours de la nature dont il eſt; c'eſt-à-dire, un Statut réel. Il n'eſt donc pas néceſſaire qu'un Statut ſoit perſonnel pour mériter d'être étendu ailleurs; il peut être réel & être ſuſceptible d'extenſion à raiſon de ſon utilité.

Ainſi pour décider de ſa nature, il ne faut pas recourir à l'utilité dont il peut être, mais il faut l'examiner en lui-même; & s'il ne ſe développe pas, & qu'il n'apparoiſſe pas viſiblement qu'il affecte la perſonne, & d'un autre côté, s'il eſt clair qu'il diſpoſe des biens, il eſt plus des principes de le dire réel. Notre diſpute dès-lors ſembleroit dégénérer en jeux de mots. En effet quand un Statut mérite d'être étendu, qu'il ſoit perſonnel, qu'il ſoit réel, qu'importe pourvu qu'il puiſſe s'étendre? il a du moins l'effet du Statut perſonnel, s'il n'en a pas le nom; mais prenons-y bien garde: un Statut vraiment perſonnel & avoué tel, ſe porte par-tout de droit général & univerſel, même dans les Coutumes où le droit perſonnel eſt différent, & cela ſans aucun examen & diſcuſſion; mais le Statut utile, raiſonnable, convenable au Droit commun, ne peut s'admettre ailleurs qu'après examen & diſcuſſion, pour connoître s'il ne bleſſe pas le droit de la Province, ou de la Ville où on veut l'étendre. M. le P. Bouhier le dit lui-même; les inconvénients de la réalité ne doivent pas faire renverſer le Droit principal d'une Province.

En effet ce qui eſt raiſonnable, utile, convenable au bien public, peut n'être ni raiſonnable, ni utile, ni convenable au bien d'une Province; & par conſéquent il pourroit être rejetté, quand même il n'y auroit pas de diſpoſition préciſe excluſive dans le Lieu où on veut le porter, s'il s'écartoit d'ailleurs de l'eſprit des Loix qui régiſſent cette Province: car il ne faut pas croire que tout ce qui eſt utile au bien commun, doive être admis par-tout; ce terme *bien commun* eſt un terme

relatif & non abſolu, & telle diſpoſition eſt raiſonnable, & convient preſque à toute une Nation, qui ne convient pas à quelques Provinces de cette même Nation.

Par exemple, la repréſentation en ligne directe eſt raiſonnable, convenable au bien public; combien de Coutumes cependant qui ne l'admettent pas? Il eſt vrai que ſi l'on avoit à réformer nos Coutumes, & que l'on voulût y introduire une uniformité, il faudroit, dans le choix, préférer les Loix qui ont pour elles le Droit commun, & j'adopte en cela volontiers le principe de M. Ch. du Molin; tout Statut doit s'étendre, lorſqu'il eſt fondé *in ratione boni univerſi, & in causâ habente concurſum juſtitiæ naturalis, vel Juris communis.* Mais nous n'en ſommes pas là; la variété de nos Coutumes ſubſiſte, & c'eſt dans cette poſition qu'il faut décider ſi un Statut eſt plutôt perſonnel que réel; & c'eſt dans cette poſition que je ſouriens que dans le mêlange de la perſonne & des biens, ne paroiſſant pas clairement de quelle nature eſt un Statut, il faut le dire plutôt réel que perſonnel.

C'eſt ainſi que la ſurvie requiſe dans pluſieurs Coutumes, pour teſter, a fait naître de grands doutes. Les uns l'ont eſtimée perſonnelle, parce qu'ils ont cru que la raiſon pour laquelle elle étoit requiſe, étoit perſonnelle, *ne ſcilicet nimium morti proximus facilè erret*, & les autres l'ont eſtimée réelle, parce qu'un teſtament n'a en vue que la diſpoſition des biens; & par la derniere Ordonnance des Teſtaments, *art.* 74, on la juge réelle. Je conviens encore que la réalité des Statuts engendre de grands procès, ſur-tout dans les ſucceſſions. C'eſt pour cela que j'ai formé des vœux pour ramener les choſes à l'unanimité. J'ai cru même qu'en laiſſant ſubſiſter cette variété, on pourroit, dans le concours des différentes Loix auxquelles les biens pourroient être ſoumis, prévenir, par une nouvelle Loi, une infinité de conteſtations, en faiſant régir tous les biens d'une même ſucceſſion par une même Loi, qui ſeroit la Loi du domicile, comme étant le ſiege principal de la fortune du défunt.

Je n'ai pas regardé cette Loi du domicile comme Loi perſonnelle, plutôt que réelle, mais comme une Loi qu'il faudroit rendre univerſelle dans chaque ſucceſſion; en ſorte que le domicile de chaque défunt deviendroit une Loi univerſelle pour ſa ſucceſſion, & toutes les Loix des différentes Provin-

ces, ou Bailliages du Royaume, ſeroient pareillement des Loix univerſelles, ſelon que la ſucceſſion ſeroit ouverte dans un Lieu plutôt que dans un autre, non pas comme Loi perſonnelle, mais comme Loi propre & utile à éteindre le procès. Mais en laiſſant ſubſiſter la variété des Loix, & conſervant à chaque Coutume ſon empire & ſon autorité, je dis qu'une Loi qui ne ſe développe pas, & qui contient un mêlange de la perſonne & des biens, ſans qu'il paroiſſe clairement qu'elle ait eu en vue principalement de diriger la perſonne, de l'affecter & de la conſtituer d'un certain état, doit être jugée plutôt réelle que perſonnelle.

M. le P. Bouhier, qui a embraſſé le parti contraire, met par la ſuite de ſes principes, au nombre des Statuts perſonnels, les Coutumes qui prohibent les donations entre maris & femmes, & cela, dit-il, parce qu'elles ſont plus conformes au Droit commun, & qu'elles ont pour motif un intérêt public qui mérite toutes ſortes de faveurs. Cependant la preſque unanimité des Auteurs eſt pour la réalité de ces Coutumes. Ce Magiſtrat regarde le Droit Romain comme le Droit commun en France, & parce que les donations entre vifs de conjoints à conjoints, ſont prohibées par le Droit Romain, il qualifie les Loix qui les défendent, de Loix perſonnelles. Mais par la même raiſon, les donations à cauſe de mort étant permiſes par le même Droit, les Loix qui les permettent doivent auſſi être perſonnelles ; ainſi les unes & les autres ſont perſonnelles. Cependant dans notre Droit François les donations à cauſe de mort entre conjoints, ſont prohibées comme celles entre vifs; celles à cauſe de mort ſeront donc perſonnelles chez les Romains, comme Droit commun, & réelles chez nous, comme exorbitantes du Droit commun, & néanmoins nous regardons l'un & l'autre Statut comme Droit réel.

C'eſt toujours par la ſuite des mêmes principes, que M. le P. Bouhier regarde les Statuts qui autoriſent les renonciations des filles aux ſucceſſions paternelles, ou maternelles, comme perſonnelles, parce que, dit-il, elles ſont d'un ancien uſage dans le Royaume, uſage qui peut paſſer pour un Droit commun; mais ſi cela eſt, la fille excluſe dans une Coutume, ſera donc excluſe dans toutes, & cela eſt encore contraire à la Juriſprudence & à la déciſion même de M. Ch. du Molin; malgré ſon principe du Statut, qu'il fonde *in ratione boni*

*univerſi, & in causâ habente concurſum juſtitiæ naturalis.*

La déciſion de M. le P. Bouhier au ſujet du Velleien, ne ſeroit nullement goutée en Normandie, où l'on juge que la femme ne peut par des cautionnements obliger, ni ſa perſonne, ni ſes biens : car quoique le Senatuſconſulte Velleien ſoit perſonnel, & par conſéquent qu'une femme domiciliée ailleurs puiſſe valablement cautionner, il ne s'enſuit pas que ce cautionnement doive s'exécuter ſur les biens de Normandie, au préjudice des diſpoſitions réelles de cette Coutume. D'ailleurs ſi l'abrogation qui a été faite dans preſque tout le Pays Coutumier du Senatuſconſulte Velleien, doit faire regarder comme perſonnelle la liberté qui a été accordée au ſexe, parce que cette liberté a pour elle le Droit commun de la plus grande partie du Royaume, il faudroit donc dans les pays où ce Senatuſconſulte ſubſiſte encore, le regarder comme réel, ce qui eſt impoſſible, puiſqu'il ne régit que les actions perſonnelles.

C'eſt ce qui fait connoître que pour décider de la qualité d'un Statut, il ne faut pas l'enviſager par ſa conformité avec le Droit commun, mais en lui-même, & par la choſe qu'il dirige, & que dans le doute, lorſqu'il y a un mêlange de la perſonne & des biens, il doit plutôt être dit réel que perſonnel, lorſqu'il ne ſe développe pas bien clairement. Il eſt vrai, je le répete, que ſi l'on avoit des Loix uniformes à faire, il faudroit prendre celles qui ont le concours du Droit commun, celles qui ont cette ſimplicité ſi amie des Loix, non pas parce qu'elles ſeroient perſonnelles, ni pour les rendre perſonnelles, mais pour les rendre univerſelles : car dans le choix de ces Loix on en trouveroit un grand nombre qui ſont réelles de leur nature ; mais dans la variété qui ſubſiſte, il faut, pour décider de la nature d'une Loi, ſe renfermer dans le Statut même, & lui déterminer ſa nature par la choſe qu'il dirige principalement ; & ſi cela ne ſe développe pas aiſément, il vaut mieux le préſumer réel, dès que, ſans altérer l'état général de la perſonne, il contient un mêlange de la perſonne & des biens.

En effet le juger perſonnel ſans le rendre univerſel, c'eſt ne le rendre utile qu'aux domiciliés, & les Etrangers n'y ſeroient pas aſtreints. Par exemple, je demande de quelle nature ſera le Statut qui permet de ſe donner : on ne peut l'empêcher d'être perſonnel, ſi l'on veut que le Statut qui le défend le ſoit auſſi.

car le Statut qui défend, s'oppoſe à l'exercice d'un acte, que des conjoints majeurs peuvent par leur état de majeurs, ſans altérer leur état, & par conſéquent, il a à l'égard des biens une diſpoſition à être réel; & au contraire, le Statut qui permet, eſt conforme à l'état de majeur, & eſt en outre ſoutenu par la Loi municipale. Ceux donc qui ſeront domiciliés dans une Coutume de permiſſion, pourront ſe donner leurs biens, même ceux ſitués dans la Coutume de prohibition : car l'état perſonnel du domicile doit l'emporter ſur l'état perſonnel du lieu de la ſituation.

Enfin mon ſyſtême eſt plus d'accord avec nos Auteurs. C'eſt pourquoi d'Argentré ayant conſidéré qu'il y a des Statuts qui contiennent un mêlange de la perſonne & des biens; Statuts qu'il a, à la vérité, mal-à-propos qualifiés de mixtes, cet Auteur eſt forcé de leur donner la nature & les effets des Statuts réels. C'eſt encore ce qui a fait dire à Burgundus, quoiqu'aſſez malhonnêtement, *inſulſè enim exiſtimant ipſa immobilia accedere perſonæ.*

Il n'eſt donc pas toujours vrai que les biens doivent céder à la perſonne comme plus noble; cela eſt bon pour régler les Juriſprudences, mais non pas pour régler & déterminer la nature des Loix. Voyez la note ſur *l'art.* 1^er^. du *Chap.* 3, de la Coutume de la Marche, au nouveau Cout. de 1724 : enfin c'eſt en vertu de mon ſyſtême, mais que l'on porte plus loin qu'il ne doit être, que nos Auteurs Flamands & Hollandois ont preſque tout donné à la réalité, dès qu'il s'agit de décider d'un Statut, où il eſt queſtion des biens; mais que l'on ſe renferme dans les bornes que j'ai indiquées dans mon Ouvrage, & qui forment mon plan général, & l'on trouvera que j'évite les inconvénients d'une réalité trop outrée & d'une perſonnalité trop reſtreinte.

M. le P. Bouhier, *Ch.* 23, *n.* 64, nous donne quelques regles pour diſcerner les Statuts perſonnels. On me permettra de faire mes réflexions ſur ces regles. La premiere regle, eſt que tout Statut qui concerne des Droits incorporels & indiviſibles, doit être tenu pour perſonnel. Cette regle conçue ainſi en termes ſi abſolus, ſi généraux & ſi affirmatifs, m'a ſurpris d'abord, & j'avouerai que ſans avoir lu le Commentaire qui explique cette regle, mon idée s'eſt portée vers les ſervitudes. En effet, les ſervitudes ſont certainement des Droits incorporels & indi-

viſibles ; ce ſont des Droits incorporels, il ne faut que conſulter le §. 1^er^. *du tit.* 2, *du Liv.* 2, des Inſtitutes. *Quædam res corporales ſunt, quædam incorporales quæ tangi non poſſunt, qualia ſunt ea quæ in jure conſiſtunt.... eodem numero ſunt, & jura prædiorum urbanorum, & ruſticorum quæ etiam ſervitutes vocantur.*

Ce ſont encore des Droits indiviſibles. Vinnius, *lib.* 1°. *tit.* 9, *verbo*, individ. le dit expreſſément, *verbum hoc* individuum *duobus modis accipitur..... altero modo pro eo quod dividi non poteſt, ut cùm ſervitutes, obligationes, ſtipulationes individuas dicimus.* C'eſt pareillement le langage de M. Ch. du Molin, *individuitas ſervitutis prædialis quæ, ut ità loquar, eſſentialiter, & ex neceſſitate individua eſt, quibuſdam exceptis. nov. intell.* 4. *leg. n.* 42.

Ainſi toute ſervitude prédiale eſt incorporelle & indiviſible, & on ne ſauroit révoquer en doute que ces Droits ſont des Droits réels. Il n'eſt donc pas vrai que tous Statuts qui concernent des Droits incorporels & indiviſibles, doivent être perſonnels.

Dans mon Diſcours préliminaire ſur la contrariété des Loix, &c. j'ai conçu la regle huitieme en ces termes, *en général le domicile regle les actions & Droits incorporels :* ces termes *en général*, indiquent que communément, & de Droit général, les actions & Droits incorporels ſuivent la Loi du domicile, mais ne font pas une regle abſolue & indéfinie. D'ailleurs la premiere regle que ce Magiſtrat nous donne, ſeroit-elle reſtreinte aux Droits incorporels & indiviſibles ? & n'auroit-elle pas dû comprendre également certains Droits incorporels & diviſibles, comme ſont les actions mobiliaires ? ces Droits ne ſont-ils pas également perſonnels ? M. le P. Bouhier applique ſa regle au droit de faire un Teſtament, Droit qu'il croit indiviſible, & devoir ſe porter partout comme perſonnel ; mais c'eſt pour prouver une regle par une queſtion très-controverſée que bien des Auteurs décident autrement, & qui n'a pas même le ſuffrage des Arrêts.

M. le P. Bouhier ajoute que comme la perſonne eſt indiviſible, il en doit être de même de tous les Droits qui lui ſont attachés ; mais cette conſéquence ne me paroît pas juſte, *nomina & actiones* ſont attachés à la perſonne, cependant *ipſo jure dividuntur.* D'ailleurs, il donne les effets mobiliers pour exemple des Droits attachés à la perſonne. Je conviens

que

que ces effets ſuivent la Loi de la perſonne; mais eſt-ce comme Loi perſonnelle? Je ne connois de Loix perſonnelles que celles qui affectent la perſonne; & y a-t-il dans les Loix qui reglent les meubles, rien qui affecte la perſonne? ils ſuivent à la vérité le domicile des Propriétaires; mais c'eſt comme y ayant une aſſiette fictive, & par conſéquent, ils ſuivent le domicile comme Loi réelle.

La ſeconde regle que donne M. le P. Bouhier, eſt que tout Statut qui eſt fondé ſur une convention tacite, & préſumée des contractants, eſt perſonnel : je ne ſais s'il n'auroit pas plutôt fallu dire que tout Statut qui paſſe en convention même tacite & préſumée, eſt perſonnel, parce qu'il me ſemble que le Statut doit précéder la convention ; que c'eſt la volonté qui adopte le Statut, & non pas le Statut qui adopte la volonté. M. le P. Bouhier le dit après : l'on doit ſuppoſer, dit-il, que les Contractants ſe ſont à cet égard repoſés ſur la prévoyance de la Loi municipale; mais de ce que l'on doit ſuppoſer que les Contractants ſe repoſent ſur la prévoyance de la Loi, en faut-il conclure qu'un Statut eſt perſonnel? Si cela eſt, toutes les diſpoſitions des Coutumes vont être perſonnelles. Toutes les Parties contractantes qui ne ſtipulent pas expreſſément, ſe repoſent tacitement ſur la prévoyance des Loix. C'eſt ainſi que les Parties qui ne ſtipulent pas un douaire de convention expreſſe, conviennent tacitement du Coutumier ; mais cette convention tacite ne rend pas le Statut du douaire coutumier un Statut perſonnel : car ſi cela étoit, le douaire pour des contractants à Paris, ſeroit dans toutes les Coutumes du Royaume, tel qu'à Paris, comme douaire de convention, ce que perſonne n'a dit juſqu'à préſent.

La troiſieme regle eſt que tout Statut qui renferme une prohibition aux perſonnes qui lui ſont ſoumiſes pour quelque cauſe publique, eſt perſonnel. Cette regle eſt vraie, mais elle eſt ſcabreuſe, & il y a à craindre que l'on n'impute à cauſe publique ce qui n'eſt fondé qu'en raiſon particuliere & réelle. C'eſt ainſi que les uns ont cru que la prohibition de ſe donner entre conjoints, avoit pour cauſe le bien public, l'union & la paix entre conjoints, & par cette raiſon ils l'ont dite perſonnelle, & d'autres ont cru qu'elle étoit fondée ſur le ſeul motif de conſerver les biens dans les familles, *intereſſe hæredum ;* & pour cette raiſon ils l'ont dite réelle.

La quatrieme regle de ce Magiſtrat, qui regarde les formalités extrinſeques, renferme deux déciſions. Voici la regle. Tout Statut qui contient les formalités extrinſeques des Actes & leur authenticité, eſt perſonnel, en ſorte que quand l'Acte eſt paſſé dans les formes uſitées au lieu où il eſt rédigé, il a par-tout ſon exécution.

Quant à la premiere partie de cette regle, qui porte que le Statut qui contient les formalités extrinſeques des Actes & leur authenticité, eſt perſonnel, voyez ce que j'ai dit, *Obſerv.* 23.

Quant à ce que la regle porte que cet Acte a par-tout ſon exécution, cette regle eſt hors de toute atteinte, en ne conſidérant l'Acte que par la forme.

Ce ſeroit ici le lieu, avant que de finir, de m'expliquer ſur le Statut de Lubec, que j'ai propoſé en tête de la préſente Obſervation, comme auſſi ſur celui de M^e Ch. du Molin, & ſur les autres; mais j'ai trouvé plus à propos de renvoyer à ce que je dois dire ſur les formalités, *Obſerv.* 23.

## OBSERVATION VI.

NOTRE Auteur diſtingue deux ſortes de Statuts; les réels & les perſonnels; mais comme leur conſtruction peut être plus, ou moins ſimple, plus, ou moins compoſée, il les diſtribue en trois claſſes, & néanmoins ces trois claſſes ne forment que les deux ſortes de Statuts dont nous venons de parler; ſavoir, les réels & les perſonnels; & il ajoute que juſqu'à ce que d'Argentré eût écrit, l'on s'étoit contenté de ces deux eſpeces; mais que d'Argentré en avoit imaginé une troiſieme, à ſavoir celle des Statuts mixtes. En effet M. d'Argentré admet d'abord, comme tous les autres, des Statuts perſonnels & des Statuts réels; mais il prétend que cette diviſion n'eſt pas ſuffiſante, & qu'il faut admettre une troiſieme eſpece très-néceſſaire en cette matiere, qu'il appelle Statuts mixtes. *Sed & in ea diſtinctione tertium quod erat adjiciendum membrum obmiſerunt, valde etiam illud neceſſarium de his diſpoſitionibus quæ in rem quidem conceptæ reperiuntur, ſed tamèn rerum in his conſideratio præcipua eſt, qui caſus mixtus eſt de perſonis & rebus.*

Pour bien entendre le ſyſtême de d'Argentré, il faut obſerver qu'il définit les Statuts perſonnels, ceux qui reglent & déterminent principalement l'état de la perſonne, abſtraction des biens immeubles. *Cùm ſcilicet principaliter de perſonarum jure, conditione & qualitate ſtatuitur, abſtractè ab omni materiâ reali, n. 7, & citrà rerum immobilium mixturam, n. 9*; & à l'égard des Stauts réels, il en dit aſſez pour faire entendre que ce ſont ceux qui reglent les choſes, abſtraction faite des perſonnes.

Ainſi, ſelon M. d'Argentré, ce Statut de l'ancienne Coutume de Bretagne, *celui qui a atteint l'âge de vingt ans eſt majeur*, eſt un Statut perſonnel, parce qu'il détermine la condition & l'état de la perſonne, ſans mêlange des biens; & celui-ci, *les ſucceſſions ſe partagent par têtes, ou par ſouches*, eſt réel, parce qu'il regle les choſes, abſtraction faite des perſonnes.

Mais, ajoute d'Argentré, il eſt des Statuts qui dans leurs diſpoſitions ont en vue les perſonnes & les biens; de ſorte que la conſidération d'une certaine qualité particuliere à la perſonne, influe ſur la diſpoſition des biens, & en change toute l'ordination, *perſonarum conditio dividendi judicium mutat.* Pour lors, *caſus mixtus eſt de perſonis & rebus.*

C'eſt ainſi, ſelon M. d'Argentré, que ce Statut de la Coutume de Bretagne, » les Fiefs ſeront partagés également entre » roturiers, mais avec prérogative & préférence entre aînés nobles », eſt un Statut mixte, parce que les Fiefs dans le partage, ſubiſſent un ſort différent, ſuivant que les partageants ſont nobles, ou roturiers; en ſorte que la qualité particuliere des partageants change la maniere de partager. C'eſt encore ainſi que ce Statut, *minor ne immobile alienet, quod intrà Statuti territorium ſit*, eſt mixte. *Mixtum ſit de re & perſona*; parce que l'immeuble aliénable en ſoi, ne devient inaliénable qu'à cauſe de la qualité de mineur.

Or, ſelon M. d'Argentré, ces ſortes de Statuts mixtes ſont toujours réels, *& rerum ſitum ſic ſpectant ut aliis legibus quàm territorii judicari non poſſint*; parce que dans ces ſortes de Statuts mixtes, ce ſont les biens qui ſont principalement affectés, *ex quibus intelligi poteſt, Statuta quantùmlibet concepta in perſonam, rerum mixturâ evadere in realia, & legem capere à Statutis ſitûs, & malè vulgò in iis poni afficientiam perſonæ, quæ*

*si vera esset, ubiquè locum ageret, & vim suam exerceret quod perquàm falsum esse crebra experimenta ostendunt.*

La source de toutes ces décisions vient de deux principes de M. d'Argentré. Le premier est que le Statut personnel doit faire abstraction de toute matiere réelle. Le second est que le Statut réel doit faire abstraction de la personne.

Delà il suit que dès que la qualité de la personne peut influer sur la disposition de la chose, le Statut ne sauroit être personnel, puisqu'il ne fait pas abstraction de la chose. Il ne peut pas non plus être pur réel, puisqu'il ne fait pas abstraction de la personne, & que *casus mixtus est de personis & rebus.* Il faut donc qu'il soit d'une espece différente, & c'est à raison de ce mêlange qu'il est appellé mixte, & néanmoins il suit les Loix de la réalité, parce que la chose domine principalement dans le Statut.

Si M. d'Argentré, en admettant des Statuts personnels, des réels & des mixtes, n'avoit pas rangé les Statuts mixtes dans la classe des Statuts purs réels, & ne leur avoit pas donné le seul effet des Statuts réels, je ne vois pas, toute réflexion faite, comment on auroit pu l'attaquer.

En effet, dès qu'il y a des Statuts qui disposent simplement de la personne, d'autres qui disposent simplement de la chose, & d'autres qui disposent de la personne & de la chose, est-il possible de ne pas admettre trois classes de Statuts? Rodenburgh, qui combat le Statut mixte de d'Argentré, n'admet-il pas lui-même ces trois classes? *Commodissimè quælibet eorumdem Statutorum genera ad tria capita, vel classes redegisse videtur.*

*Aut enim Statutum disponit simpliciter de personis.*

*Aut solummodo de rebus.*

*Aut conjunctim de utriusque.*

D'Argentré dit-il autre chose? Le Statut mixte est, selon lui, *Statutum mixtum de re & persona*, & n'est-ce pas là le *Statutum* de Rodenburgh, *quod disponit conjunctim de personis & rebus?*

Rodenburgh, en admettant trois classes de Statuts, a, par rapport à la troisieme classe, distingué, *an illud Statutum pertineat ad personarum statum, an non.* Le premier *ad personalia Statuta spectat.* Le second *ad realia.*

Ainsi le Statut mixte est bien *constructum ex utriusque complexu;* mais tantôt il est personnel & tantôt il est réel.

D'Argentré, au contraire, a voulu que le Statut mixte n'eût d'autre effet que le Statut réel, & voilà ce qui a excité la critique qui doit moins tomber ſur le terme de *mixte*, que ſur la qualité de *réel*, que donne d'Argentré au Statut mixte.

C'eſt pourquoi dans le ſyſtême de d'Argentré, il auroit dû, au lieu d'admettre des Statuts mixtes pour troiſieme claſſe, ſubdiviſer plutôt les Statuts réels en Statuts purs réels, qui diſpoſent de la choſe, abſtraction faite de la perſonne, & en Statuts réels qui ne font point abſtraction de la perſonne, mais où une certaine qualité purement diſtinctive qui ſe trouve dans la perſonne, influe totalement, & principalement dans la diſpoſition de la choſe, & en change le ſort & la deſtination; or il faut convenir qu'il eſt des Statuts de cette ſorte, & qui ne peuvent être que réels.

En effet, diſconviendra-t-on qu'il eſt des Statuts, où la qualité de noble ou de roturier, de mâle ou de femelle, d'aîné ou de puîné, décide du ſort & de la deſtination de certains biens? Vous les appellez mixtes, vous les appellerez d'un autre nom : il eſt certain qu'ils ont quelque choſe du moins dans la conſtruction qui les diſtingue des deux autres Statuts.

Le fond du ſyſtême de d'Argentré roule entiérement, comme nous venons de l'obſerver, ſur ce qu'il veut que le Statut perſonnel faſſe abſtraction de la choſe, & que le Statut réel faſſe abſtraction de la perſonne; il faut donc que les autres à raiſon de leur conſtruction ſoient mixtes.

Si on enviſage en effet ce terme mixte par rapport à la conſtruction du Statut, il eſt vraiment mixte, *mixtum de re & perſona;* mais ſi on l'enviſage par ſes effets qui eſt le côté d'où nos Auteurs l'ont enviſagé dans cette occaſion, *effectum etenim & in Statutis vos intueri oportet, eoque potiſſimum inſpecto mixtura conſideranda. Voët, ſect.* 4, *cap.* 2, *n.* 2. On ne peut pas dire qu'il eſt mixte, s'il ne produit qu'un effet réel, ne pouvant être mixte dans ſes effets qu'autant qu'il participera de la nature des Statuts perſonnels & des Statuts réels, & qu'il auroit tout à la fois les effets de l'un & de l'autre.

C'eſt pourquoi Rodenburgh auroit pu quant au Statut qu'il dit être *conſtructum ex utriuſque complexu*, l'appeller un Statut mixte; mais il n'auroit pas pu, comme d'Argentré, lui donner le ſeul effet du Statut réel, & c'eſt auſſi ce qu'il a évité de faire.

Ainsi ce que l'on critique n'est pas d'admettre un Statut, *mixtum de re & persona ;* mais c'est de ne lui donner que l'effet du Statut réel, pendant que le Statut, *mixtum de re & persona,* doit nécessairement appartenir tantôt au Statut personnel, comme est celui-ci : *le majeur peut disposer de ses biens*, & tantôt réel, comme celui-ci, *le conjoint ne peut rien donner à son conjoint ;* mais on ne doit pas appeller un Statut mixte à raison de ce qu'il est tantôt réel & tantôt personnel ; mais lorsqu'il a tout à la fois les effets du Statut personnel en ce qu'il habilite la personne, & les effets du Statut réel en ce qu'il affecte les biens.

C'est ainsi que Burgundus a réfuté les Statuts mixtes de d'Argentré. Le Statut mixte, dit-il, ne pourroit être tel qu'autant qu'il seroit composé du réel & du personnel, & par conséquent il devroit participer de la nature de l'un & de l'autre Statut, & s'étendre par-tout, même n'affecter que les domiciliés, en tant qu'il seroit personnel ; & en tant qu'il seroit réel, il devroit être renfermé dans l'étendue du territoire, & astreindre les non domiciliés : mais, dit-il, selon d'Argentré, tout mixte qu'il est, il n'a point d'autre effet que le Statut réel, & dès-lors quelle nécessité d'admettre cette troisieme nature de Statuts, qui n'est propre qu'à embarrasser encore cette matiere qui l'est déja assez par elle-même ?

Où trouve-t-on, dit Burgundus, que dans le Statut qui partage les fiefs différemment entre les nobles & les roturiers, il y ait du personnel ? & s'il n'y en a pas, comment peut-il être mixte ?

A ces raisons on peut ajouter, que si ce Statut, *minor ne immobile alienet, quod intrà Statuti territorium sit*, est mixte *de re & persona ;* il faut dire que celui-ci est pareillement mixte. *Major potest immobile alienare quod intrà Statuti territorium sit*, & bientôt tous les Statuts deviendront mixtes, même ceux qui passent le plus universellement pour être personnels.

C'est ainsi que ces Statuts, » la femme sous la puissance de son » mari, ne peut vendre & aliéner ses biens sans son autorisation, » l'interdit pour démence ou pour prodigalité, n'a pas la libre » administration de ses biens, le Tuteur a droit de gérer & ad- » ministrer les biens de son mineur » seront mixtes ; car ces Statuts *fiunt de re & persona.*

Or, d'Argentré, au *n.* 9, veut que les Statuts mixtes soient

régis & gouvernés, ainſi que les Statuts réels. Il faudra donc dire conſéquemment, que tous ces Statuts ſont régis par la Loi de la ſituation. Cependant, au *n.* 49, il décide qu'un Citoyen de Paris, qui n'a pas encore atteint vingt-cinq ans, & qui a des biens en Bretagne, où, ſuivant l'ancienne Coutume, il ſuffiſoit d'en avoir vingt, eſt néanmoins obligé d'attendre qu'il ait vingt-cinq ans pour vendre les biens de Bretagne. *Ex quo evenit ut ſi civis Pariſienſis de bonis quæ in Britannia habet, contrahat, neceſſe habeat annum viginti quinque annis expectare, à quo perſonæ habilitas ſpectanda eſt, etiam ſi Britannia incolas ſuos faciat majores ab anno vigeſimo.*

Quoi qu'il en ſoit, dit Burgundus, je ne puis admettre des Statuts mixtes, dès que tout l'effet de ces Statuts ſera renfermé dans l'étendue du territoire; *quidquid ſit, ego porro ne uſum quidem hujuſmodi mixtorum eſſe putem, cùm haud aliter quàm realia concludantur territorii ſui limitibus.* Ce qui eſt à remarquer dans la réfutation que fait Burgundus du ſyſtême de d'Argentré, eſt qu'il ne fait le procès qu'aux exemples rapportés par d'Argentré : car d'ailleurs il admet tous ſes principes; comme lui, les Statuts réels ſont ceux, *quæ res ipſas dirigunt à conſideratione perſonæ abſtractas*, & les perſonnels, *quæ duntaxat perſonas;* comme lui il ſoutient que ce Statut, *minor ne immobile alienet quod intra Statuti territorium ſit*, ſe régit par la Loi de la ſituation; mais il prétend contre d'Argentré, qu'il ne peut être dit mixte, parce que *perſonali non eſt conjunctum.*

Burgundus prétend donc qu'il ne peut pas y avoir de Statuts mixtes dans le ſens de d'Argentré, & que les Statuts mixtes n'ayant, ſelon d'Argentré, aucun effet perſonnel, il faut abſolument leur refuſer la dénomination de mixtes, & comme tels les rejetter. Cependant, ſelon Burgundus, on peut, & on doit admettre des Statuts mixtes, parce qu'effectivement, dit-il, il y en a qui ſont compoſés du perſonnel & du réel; mais il imagine un tout autre ſyſtême. Le Statut eſt mixte, lorſque tout à la fois il régit les meubles & les immeubles, & pour exemple, il cite ce Statut, *minor bona ſua alienare non poteſt*, & voici ſon raiſonnement.

Ces termes, *bona ſua*, dit-il, renferment les biens meubles & immeubles. Le Statut eſt perſonnel dans la partie qui regarde les biens meubles, parce qu'ils ſont régis par la même

Loi qui régit la personne, en quelque endroit qu'ils soient dispersés ; mais il est réel dans la partie qui regarde les biens immeubles, & il doit être renfermé dans l'étendue de la situation des biens.

En suivant ce système, il demande, *tract.* 1°. *n.* 21, de quelle nature est le Statut qui défend à la femme de contracter & d'aliéner ses immeubles, sans le consentement de son mari, & il estime que ce Statut est mixte. *Quatenus, & contractus, & alienationis prohibitionem complectitur ;* qu'il est personnel *ex ea parte quæ prohibitionem contractûs respicit ;* que l'autorisation du mari requise pour les contrats, *omnino ad legitimationem, atque habilitatem personæ pertinet.* En sorte que si par la Loi de son domicile elle est soumise à l'autorisation, elle ne pourra pas valablement contracter en quelque endroit que ce soit. *Si Legibus domicilii in potestate mariti fuerit, quocunque terrarum se transtulerit, contrahere validè non potest.*

Mais que le Statut est réel en ce qu'il défend les aliénations des immeubles, & que nous l'éprouvons tous les jours : *quotidiano usu experimur ea quæ de emancipatione & alteratione rerum disponunt, rebus ipsis affigi.* Il insulte à ceux qui ne sont pas de cet avis, & il dit que c'est penser follement que de croire que l'aliénation des immeubles puisse en aucun cas dépendre de l'état & de la condition de la personne. *Insulsè æstimant ipsa immobilia accedere personæ..... & in consequentiam personæ venire.*

C'est pourquoi il décide que si la femme, quoique soumise par la Loi de son domicile à l'autorisation de son mari, a aliéné sans cette autorisation un immeuble situé en Coutume qui ne l'exige pas, & si elle en a fait la tradition, le mari ne pourra pas attaquer la vente, *mancipationem quam ipsa fecerit, maritus retractare non poterit ;* parce que toute personne qui veut aliéner un fonds, ne doit se conformer qu'aux Loix de la situation. *Nam qui aliquid alterare circa rem contendit, satis est si ad rerum situm se componat, nec opus habet ad Statuta personis ipsis indicta, sollicitudinem, aut cogitationem dirigere,* & il pose pour principe général que *si invalidæ obligationi legitima supervenerit mancipatio, utiquè de viribus ejus dubitare nefas puto, quia à personis, hoc est à promissione subtractum negotium, rebus ipsis accommodatur, tract.* 1°. *n.* 7.

C'est encore par la suite des mêmes principes qu'il estime que

que le Statut qui défend aux maris & femmes de ſe donner, eſt un Statut mixte, qu'il eſt perſonnel, s'il ne s'agit que de meubles, & qu'il eſt réel, s'il s'agit d'immeubles ; *Perſonale quatenùs mobilia reſpicit, de cætero autem reale :* il penſe néanmoins que ce Statut n'a en vue que les biens, & de les conſerver aux héritiers. *Inſpiciunt duntaxat intereſſe hæredis, juraque ſucceſſionis quæ ſanè rebus potiùs quàm perſonæ ponuntur.*

Burgundus croit donc que, quand dans un Statut il eſt parlé de biens immeubles, le Statut eſt réel en cette partie, de maniere que le mineur qui dans le lieu de ſon domicile, ne peut pas aliéner ſes immeubles, pourra les aliéner s'ils ſont ſitués dans un lieu qui lui en donne le pouvoir.

Delà il ſuit, ſelon cet Auteur, que le Statut perſonnel ne dirige que les biens meubles & les actes perſonnels, comme ſont les obligations & engagements purs perſonnels. *Omnem vim conſumit in irritando vinculo perſonalis obligationis.*

C'eſt pourquoi il eſtime que ſi celui qui eſt mineur par la Loi de ſon domicile, vend un immeuble ſitué dans une Coutume où il ſeroit majeur, au même âge ce mineur, à la vérité, ne contractera point d'engagements perſonnels, parce que la Loi de ſon domicile s'y oppoſe, & que par conſéquent il ne pourra pas être contraint à faire tradition de la choſe vendue, parce que la Loi de la ſituation ne ſauroit donner contre la perſonne, une action qui ſeroit contredite & condamnée par la Loi du domicile qui régit la perſonne, mais que ſi ce mineur vient à en faire la tradition, cette tradition faite par une perſonne qui a l'âge requis par la Loi de la ſituation, ſera valable.

Quand donc il s'agit de l'aliénation des biens immeubles, Burgundus ne conſidere plus la capacité, ou l'incapacité que peut avoir la perſonne dans le lieu de ſon domicile ; il ne s'attache qu'à la Loi de la ſituation. *Cùm enim unicuique Provinciæ ſuæ propriæ ſint Leges poſſeſſionibus injunctæ atque indictæ, ſanè incapacitas foris adepta in conſiderationem venire non poteſt, ſed omnis ſivè qualitas, ſivè perſonæ habilitas, quoad eadem bona pertinet, à loco ſitûs proficiſcitur.* Non pas qu'en vertu de la Loi de la ſituation, il croie que l'on puiſſe intenter d'autres actions perſonnelles que celles qu'autoriſe la Loi du domicile ; mais il veut du moins que l'exécution réelle qui aura été faite conformément à la Loi de la ſituation, ſoit valable en ſoi, nonobſtant l'incapacité prononcée contre la per-

ſonne, par la Loi du domicile, parce que toute autre Coutume que celle de la ſituation, *res alienas Legibus alligare non poteſt, hoc enim eſſet jus dicere extrà territorium.*

Ainſi, comme on l'a obſervé ci-devant, la perſonne incapable dans le lieu de ſon domicile, le ſera à la vérité par-tout; mais cette maxime n'aura lieu ſeulement que pour les actions pures perſonnelles, & pour les biens meubles qui ſuivent la perſonne, *quia à jure & qualitate perſonali haud alii effectus quàm perſonales oriri poſſunt.* S'agira-t-il de biens immeubles qui ont une ſituation fixe? Burgundus oublie l'incapacité perſonnelle du domicile pour ſe renfermer dans la Loi de la ſituation, du moins tant qu'il ne s'agira que de l'immeuble en lui-même, & que cet immeuble ne donnera pas lieu à des actions perſonnelles contre celui qui eſt incapable par la Loi de ſon domicile. *Aliud eſt enim alienationem valere, aliud actione perſonali ad eam peragendam cogi poſſe. Illud quidem reale, hoc perſonale eſt*, dit Stockmans qui eſt dans le même ſyſtême, *conf. infrà cit.*

Ce n'eſt pas, ſelon Burgundus, que la Loi de la ſituation puiſſe habiliter la perſonne qui ne lui eſt pas ſoumiſe. Il convient du principe, *per Statutum reale perſonas non affici vel inhabilitari, hoc eſt qualitatem aliquam iis imprimi.* Mais il prétend que la Loi de la ſituation ſe contente que la perſonne ſoit de la condition, *quam requirit Lex, & qualitas bonis ipſis impreſſa.*

Chriſtinæus dans ſes Déciſions, *vol.* 2, *liv.* 1^er^. *déciſ.* 56, rapporte aſſez au long l'avis de Burgundus, & dit qu'en conformité il a été jugé au Conſeil de Malines, qu'un mineur âgé de vingt ans, domicilié à Malines où il en faut vingt-trois pour acquérir la majorité, ayant vendu un fonds ſitué en Hainaut où l'on eſt majeur à vingt ans, l'on ordonna l'exécution de la vente; mais ce qu'il faut remarquer dans l'eſpece de Chriſtinæus, c'eſt que le mineur qui s'étoit exproprié de ſon fonds par contrat de vente, en demandoit lui-même le prix; ainſi le mineur n'excipant pas de ſa minorité, l'on jugea qu'il ne falloit enviſager la vente que du côté de l'Acquéreur qui, à ſon égard, étant valablement obligé, en devoit le prix. *Quia ex parte ejus titulus erat efficax, legitimuſque.* Ce qui n'a point de trait à ce que nous agitons préſentement.

Stockmans, Conſeiller au Conſeil Souverain de Brabant,

*déciſ.* 125, dit encore que l'avis de Burgundus fut adopté dans l'eſpece ſuivante.

Titius âgé de vingt ans & marié étoit dans le lieu de ſon domicile, réputé majeur pour l'adminiſtration de ſon bien, mais non pas pour l'aliénation. Il avoit des biens ſitués dans un lieu où le mariage donne une pleine majorité. Il les avoit aliénés ſans formalité; ſon héritier demandoit la nullité de la vente : il argumentoit de la Loi du domicile qui n'avoit pas permis à Titius d'aliéner, & qui le rendoit incapable à cet effet. Incapacité perſonnelle qu'il avoit portée par-tout, & qui influoit ſur tous ſes biens, en quelques endroits qu'ils fuſſent ſitués. L'Acquéreur repliquoit par les principes de la réalité; il s'agiſſoit d'un fonds, & on ne pouvoit enviſager d'autres Loix que celles de la ſituation; il en eût été autrement, s'il s'étoit agi de la validité de quelque obligation perſonnelle, & ce furent ces dernieres raiſons qui l'emporterent. *Ita tractavimus & judicavimus* 30 *Octobris* 1654.

Cet Auteur nous aſſure encore dans le même endroit, que tous les jours dans le Hainaut, on juge que l'aliénation des fonds ſitués dans cette Province, faite par celui qui a vingt & un an, eſt bonne, encore qu'il ſoit domicilié dans une Coutume qui en exige vingt-cinq. *Licet habitet alienans in eâ Provinciâ, ubi annus vigeſimus quintus hanc facultatem demùm adfert, nimirum quia mancipatio prædium ipſum potiùs quàm perſonam reſpicit.*

Stockmans convient néanmoins que, *qui inhabilis eſt in uno loco, etiam in alio inhabilem cenſeri; & ſi aliter ſtatuamus*, (dit-il) *incertus & varius erit perſonarum ſtatus, cùm tamen uti perſonam ubiquè eandem, ita qualitatem perſonæ inhærentem, velut ejus accidens, ubiquè uniformem eſſe conveniat..... Statuta in perſonas directa, quæque certam iis qualitatem affigunt, tranſeunt quidem cum perſonis extrà territorium ſtatuentium, ut perſonæ ubiquè ſit uniformis, ejuſque unus ſtatus.*

Burgundus s'exprime dans les mêmes termes : *ea Statuta quæ ſunt perſonalia, una cùm perſona circumferuntur, quocumque loco ſe tranſtulerit, & per univerſa territoria, vireſque & effectum porrigunt. Tract.* 1°. *n.* 3; mais ils n'admettent l'un & l'autre ce principe, que pour les actes purs perſonnels.

Ce ſyſtême peut-il être adopté dans le commerce journalier des affaires?

Il faut convenir qu'une Coutume n'a pas d'empire ſur une autre Coutume; que chacune d'elles eſt ſouveraine dans l'étendue de ſon territoire; que ſi elles ne ſauroient faire Loi au-delà, elles ne ſauroient non plus en recevoir, & que ces maximes ſe font ſentir principalement par rapport aux biens qui ont une ſituation fixe dans un lieu.

Les choſes conſidérées dans ce point de vue, il eſt difficile de ne pas déférer aux déciſions de Burgundus.

Mais quand il s'agit de l'état de la perſonne, ou des actes dépendants de cet état, lorſque la perſonne doit être affectée d'un certain état pour agir, n'eſt-ce pas la Loi qui régit la perſonne, & qui regle ſon état, qui doit en décider? La même perſonne incapable par état de vendre & d'aliéner valablement, peut-elle être capable de s'exproprier valablement de la choſe vendue & aliénée? Un mineur dans ſon domicile, eſt mineur partout; l'incapacité de ſa perſonne le ſuit en tous lieux, & cette incapacité influe non-ſeulement par rapport aux engagements perſonnels, mais encore par rapport à l'aliénation des fonds, & elle ſe porte dans toute ſon intégrité, par-tout ailleurs & dans toutes les Coutumes.

En effet quand la Loi déclare une perſonne mineure, ou majeure, c'eſt principalement pour lui défendre, ou pour lui permettre l'aliénation de ſes fonds: car par rapport aux meubles, la conſéquence de l'aliénation n'en eſt pas ordinairement ſi conſidérable, ni ſi intéreſſante pour la fortune du mineur; les engagements même perſonnels ne peuvent être de quelque importance, que quand ils s'exécutent ſur les biens immeubles. C'eſt donc principalement les fonds que la Loi a enviſagés, quand elle a fixé la minorité, ou la majorité, & il eſt de l'utilité du commerce que cet état de majeur, ou de mineur puiſſe s'étendre par-tout.

D'ailleurs n'eſt-ce pas s'abuſer, que de dire que la Loi de la ſituation permettant indéfiniment de faire toutes ſortes d'aliénations, n'affecte pas, par cette diſpoſition, la perſonne, mais qu'elle ne fait que la placer dans une certaine condition qui convient à la qualité des biens? Si la perſonne eſt incapable par la Loi de ſon domicile, & dans l'impuiſſance d'état d'aliéner, il faut bien, pour pouvoir aliéner dans le lieu de la ſituation, & en vertu de la Loi de la ſituation, que cette Loi la rende capable; & comment cela ſe peut-il autrement, qu'en

l'affectant & en la rendant capable, d'incapable qu'elle eſt par état ? mais comment attribuer un pareil droit à une Loi qui ne régit pas la perſonne, & qui n'a nulle autorité ſur elle ?

Du ſyſtême de Burgundus & de ceux qui penſent comme lui, il s'enſuivroit des conſéquences très-abſurdes : car, par exemple, l'interdiction prononcée contre un prodigue, par le Juge de ſon domicile, n'auroit d'effet que par rapport aux meubles & aux engagements perſonnels ; mais cet interdit ayant des immeubles dans une autre Juſtice, pourroit impunément & librement s'en exproprier : car la Juriſdiction n'a pas plus d'autorité hors l'étendue de ſon territoire, que la Loi elle-même ; & ſi l'incapacité prononcée par la Loi, n'empêche pas l'incapable de s'exproprier dans une autre Coutume, la Sentence du Juge ne le pourra pas non plus.

Je ſais qu'à cette objection les uns répondent par l'autorité que les Jugements doivent avoir par-tout ; les autres par le concours & le concert des Nations qui ont également admis ces ſortes d'incapacités réſultantes de l'interdiction : mais n'eſt-il pas convenable que généralement toutes les incapacités d'état & de condition prononcées par la Loi du domicile, quelles qu'elles puiſſent être, ſoient pareillement reſpectées dans toutes les Nations ?

Je ne puis mieux clore la réfutation du ſyſtême de Burgundus, qu'en rapportant ce qu'en a dit Abraham à Weſel ſur les Conſtitutions d'Utrecht, *art.* 13, *n.* 25. *Habilitas atque rerum ſuarum non adminiſtrandum modo, ſed & alienandarum aptitudo ad conditionem, atque ſtatum perſonæ ſpectat, ſtatum autem à nullo alio quàm domicilii Judice, cui perſona ſubſit, conſequitur. Itaque an perſona rebus ſuis obeundis apta, vel inepta ſit, ſemper inſpici oportet quid de ea domicilii Judex ſtatuerit, & quam ætatem is maturitati ſubditorum ſuorum præſtituerit. Si ergò Gelrus vicenarius (qui iſtuc ætatis ex more ſuæ regionis rerum ſuarum compos habetur) in noſtram Diœceſin ſeſe contulerit, atque bona hîc ſita in alium transferre velit, quo Jure mancipationi obſiſtet poſſeſſionis Judex ? An quia mancipans eſt minor Judicii non ſatis exacti, rerum ſuarum impos ? Hoc utique eſſet de qualitate, atque ſtatu iſtius perſonæ velle judicare, cujus notio non ad eum, ſed domicilii Judicem ſpectat. Quid enim ſi adoleſcens qui ſub Zonâ calidiore degit ubi aëris temperies judicium, atque prudentiam citiùs maturat, atque minores ad*

*suam tutelam vocat, sub Zonâ frigidiore bona sita alienare velit, an non injurium esset id ei denegare, obtentu quod eum annorum numerum necdum compleverit, qui crassiorum suorum ingeniorum seriori maturitati præfixus est.*

*Hæc convertamus ad casum conversum. Confessus fuerat Burgundus ultrajectinum quinto & viceno anno minorem invalidè contracturum, & apud suos, & apud Gelros, cùm statum quem domi assumpsit, ubiquè locorum circumferat; status autem ejus est quod propter præsumptum judicium infirmum rebus suis intervenire nequeat, sub tutore sit, nihil possit sine tutore, ne ætatis fragilitas in perniciem substantiæ suæ convertatur. Hæc ratio cùm minoris de fundo contractum irritet, utiquè multo magis irritabit alienationem. Contractu enim rebus nostris non exuimur, sed subsecutâ mancipatione, atque alienatione : hinc curator, non personæ, sed rebus propriè datus dicitur. Nequè Juris ratio patitur ut cui contrahendi denegata, eidem mancipandi permissa sit facultas. Etenim coram Judice rei sitæ mancipatio hodierna, quidquid contradicat Burgundus, implementum simplex est contractus venditionis, sicuti Jure scripto habebatur traditio, in id solummodo solemniter actis publicis hodie profitenda, ne clandestinâ traditione Fiscus quadragesimo nummo, neve creditores pecuniis suis defraudentur. Cùm ergo totus venditionis contractus ob defectum ætatis sit irritus, nec sit quod mancipatione solemni impleri possit, utique nuda simplexque fundi mancipatio omnino nihil operabitur, cessante causâ ad mancipandum idonea. Nunquam enim nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. Verba sunt Jurisconsulti Pauli in l. 31, ff. de acquir. rerum dominio.... Atque hinc assertionis nostræ patescit veritas, eum nempè qui domi rerum suarum alienationi inhabilis est, nec foris habilem esse. Non enim jus nostrum patitur eundem, ejusdem patrimonii intuitu, eodem tempore, & minorem, & majorem esse, cùm earum rerum naturaliter inter se pugna sit....*

On voit donc de quelle importance il eſt de ne pas admettre le ſyſtême de Burgundus. Cependant il ne faut pas conclure delà que ſi on rejette ce ſyſtême, on doive admettre que la Loi du domicile ſera Loi, hors de l'étendue de ſon territoire, & ſur des biens qui n'y ſont pas ſitués.

Nous accordons volontiers que les biens ſont régis par la Loi

de la ſituation ; que c'eſt elle qui les regle par ſon autorité ; mais ce ſyſtême n'a pas lieu, lorſque le Statut perſonnel du domicile diſpoſant des biens, en diſpoſe par la ſuite, & la conſéquence ſeulement de l'état de la perſonne : car pour lors ſi l'état & la condition de la perſonne ſont réglés différemment dans le lieu de la ſituation & du domicile, de ſorte qu'il ne ſoit queſtion que de ſavoir laquelle de ces deux Loix perſonnelles l'emportera, nous diſons dans ce cas, qu'il eſt de l'utilité du commerce que les Coutumes s'entre-cedent & qu'elles reconnoiſſent pour capables ou incapables par état, ceux que la Coutume du domicile déclare tels. Elles ne perdent pas pour cela de leur autorité ; mais dans ces cas elles déferent les unes aux autres.

Le ſyſtême que nous combattons ne laiſſe pas néanmoins d'avoir ſa commodité. Un bien eſt ſitué dans une Coutume ; il n'y a qu'à conſulter la Loi de cette Coutume, la choſe eſt ſimple, & on ne ſauroit s'y tromper.

Mais d'un autre côté en adoptant ce ſyſtême, on eſt pourtant forcé de convenir que la Loi de la ſituation ne ſauroit opérer aucune action perſonnelle contre celui qui eſt incapable par la Loi de ſon domicile ; ainſi comment l'acquéreur pourra-t-il ſe faire faire raiſon d'un mineur qui lui aura vendu ſon immeuble ſitué dans une Coutume qui lui permet de vendre, lorſque le mineur domicilié dans une Coutume qui le lui défend, ne voudra pas exécuter la vente, ou qu'elle donnera lieu à des garanties ?

Dans l'un & l'autre ſyſtême, il faut que l'Acquéreur connoiſſe la condition de celui qui lui vend, ſoit que cette condition ſe prenne de la Loi de la ſituation, ſoit qu'elle ſe prenne de la Loi du domicile : il faut qu'il ſache ſi le vendeur peut vendre, & valablement le mettre en poſſeſſion ; & ſi cela eſt, le ſyſtême de la réalité n'abrege en aucune maniere les diligences & les recherches que doit faire l'Acquéreur, lorſqu'il achette, & il paroît plus naturel de ſe fixer par la Loi du domicile, que d'admettre dans le vendeur une incapacité d'état de vendre, une vente qui ne ſauroit produire aucune action, une obligation invalide, *invalida obligatio*, comme dit Burgundus, & néanmoins une vente dont l'expropriation faite en conſéquence, puiſſe d'ailleurs ſubſiſter.

On peut dire même que ce ſyſtême bleſſe ouvertement la Juſtice. C'eſt accorder à un homme décidé n'être pas d'un ju-

gement assez mur & assez formé, la faculté néanmoins de vendre ses biens. C'est appliquer à ceux d'une Nation ou d'une Province, une intelligence qu'ils n'ont point, & que ceux de la situation peuvent avoir : car il n'est pas douteux qu'il est des Pays & des Provinces, où l'esprit & la maturité des hommes sont plus avancés que dans d'autres. M. d'Argentré a exprimé ceci fort énergiquement sur *l'art.* 457, de la Coutume de Bretagne. *Quidam seriùs*, dit-il, *quidam citiùs sapiunt, quidam nulla ætatis parte satis firmum de rebus judicium acquirunt. præsumpsit Accursius L. sequitur* §°. 2°. *ff. de usu-cap. & Salyc. L. omnes. C. de his qui veniant ætat. notat Normannos, Italos & Romanos nimis sapere etiam* 14 *anno, hoc est doli esse capaces, dolosos etiam dicere poterat. Bœoti & Thraces nunquam sapere dicuntur, & qui cœlo frigido nutriuntur, tardiori sunt ingenio. Sunt, quod difficile credas, qui ineunte adolescentiâ de rebus bene sentiant, vergente hebescant : qui valent memoriâ, non putantur satis constare judicio : iidem labescente ea cum ætate, utraque parte destituuntur. In tanta mentium diversitate oportuit aliquem tamen esse modum intrà quem cuique rerum suarum arbitrium permitteretur ; nam si ab ætate, ut quæque provectior est, judicium sumitur, consequens erit ut anno* 30 *quisque meliori sit (judicio) quàm viginti quinque, & item* 40 *quàm* 30, *& ita deinceps ; sed tamen necesse fuit lege terminari ut qui saperent, documenta darent ingenii, & judicii, stolidi suo incommodo docerentur sapere.....*

Il ne faut pas oublier ici que nous parlons de ces capacités & incapacités générales, qui forment l'état & la condition de la personne, & c'est par rapport à ces capacités ou incapacités, qu'il faut se régler par la Loi du domicile : car dès qu'il ne s'agira plus de l'état de la personne, il n'y a pas de difficulté de s'attacher à la rigueur des regles, & de suivre la Loi de la situation.

Il n'est donc pas possible d'admettre le Statut mixte dans le sens de Burgundus ; il donne tout à la réalité, & en prenant ce parti, il tombe dans des inconvénients qui sont considérables, puisque son système tend à autoriser une expropriation faite en vertu d'un contrat qui n'opere aucun engagement personnel, ni aucune garantie.

Il est vrai que Burgundus a eu raison de critiquer les Statuts mixtes dans le système de d'Argentré ; mais il n'a pas mieux réussi

réussi que lui dans les Statuts mixtes qu'il a imaginés. Il faut là-dessus écouter la réfutation de Voët.

Cet Auteur en son Traité, *de Statutis*, *sect.* 4, *cap.* 2, réfute l'un & l'autre Auteur. Il ne sauroit, dit-il, y avoir de Statuts mixtes qu'autant que par leurs effets ils participent des Statuts personnels & des Statuts réels, & que *mixtura est effectuum horum Statutorum.*

Or, dit-il, tous les Statuts cités par d'Argentré & par Burgundus, *sunt in rem concepta*, *non in personam*, & en particulier, en ce qui regarde Burgundus, ce terme, *bona*, qui comprend les meubles & les immeubles, n'a rien qui puisse affecter la personne. Le Statut n'affecte pas plus la personne par rapport aux meubles que par rapport aux immeubles; les uns & les autres sont régis par une Loi réelle : & si le Statut s'étend aux meubles qui sont hors le territoire, on ne peut pas dire pour cela que le Statut sorte le territoire, puisque les meubles sont toujours présumés être dans le domicile du propriétaire.

Voët hésite ensuite à décider si l'on doit admettre de pareils Statuts mixtes, & il croit qu'on peut les adopter, & il propose à ce sujet un troisieme système : le voici.

Il considere les Statuts, où à raison de leur objet, *ratione objecti quod afficiunt*, ou à raison de certains effets, *vel ratione quorumdam effectuum.*

Les Statuts considérés par rapport à leur objet, seront, selon Voët, personnels ou réels, & il n'y en aura pas de mixtes, parce que pour cela, il faudroit qu'ils dirigeassent également la personne & les biens, & il doute qu'il puisse s'en trouver où, soit le personnel, soit le réel ne prédomine pas, & dès-lors le Statut doit recevoir sa détermination de la qualité prépondérante.

Mais si les Statuts sont considérés par rapport à leurs effets, il prétend qu'il pourra s'en trouver de mixtes, *alia erunt realia*, *alia personalia*, *alia mixta.*

Les réels n'auront point lieu hors de leur territoire; mais aussi dans leur étendue ils feront Loi à ceux du dehors, pour tous les biens qu'ils auront dans le lieu du Statut.

Les personnels, au contraire, s'étendront par-tout; mais ils n'agiront que sur les domiciliés, & n'assujettiront point les Etrangers.

Donc les Statuts mixtes seront ceux qui, eu égard à quelques-uns de leurs effets, auront lieu tout à la fois en dedans

& au dehors de leur territoire, en dedans en tant qu'ils aſſujettiront également l'Etranger & le domicilié, & au dehors, en tant que les effets s'étendront aux biens non-ſeulement du dedans, mais même du dehors; & cet Auteur fait l'application de ces idées aux formalités des actes, *de modo, vel ſolemnitate in omnibus negotiis & cauſis, ſivè judicialibus, ſivè extra-judicialibus.*

Quoique Voët croie s'être ſuffiſamment développé & s'être bien donné à entendre, cependant ſon ſyſtême eſt abſtrait, & voici, à ce que je crois, ce qu'il a voulu nous marquer. Une Loi exige pour la confection, pour la preuve, & la certitude d'un acte, une certaine formalité. Cette Loi eſt faite pour les non-domiciliés comme pour les domiciliés, lorſque les uns & les autres contractent dans le lieu. Ainſi dans ce cas elle ordonne à la perſonne du dedans & du dehors; quand l'acte eſt revêtu de ſa forme qui en aſſure la vérité & l'authenticité, il porte ſa foi & ſon authenticité dans tous les lieux où il peut y avoir des biens ſitués : ainſi il a un effet au-dedans & au-dehors; mais ce ſyſtême de Statuts mixtes ſe réduiroit dès-lors à ceux qui preſcrivent les formalités des actes, & comme dit Vander Meulen, *hæc ſolemnia vel circa actum perſonalem, adeòque perſonam, vel circa actum realem, adeòque rem, verſantur. Quod ſi ſint prioris generis, ſolemnia ut acceſſoria naturam principalis ſequuntur, perſonalia dicenda ſunt, & vice verſâ; in tantùm ut ſemper ad perſonam vel rem referri queant.*

Au ſurplus, quand je dis qu'il n'y a pas de Statuts mixtes, ce n'eſt que dans le ſens de d'Argentré, de Burgundus & de ceux qui les ont ſuivis, parce que les uns & les autres ne propoſent pour exemple, que certains Statuts qui n'affectent que les biens, & nullement les perſonnes, encore qu'elles influent dans la détermination du Statut; mais je ne ſerois pas éloigné de croire qu'il peut y avoir, & qu'il y a effectivement des Statuts mixtes, & pour cela il faut tout un autre plan. Je dis donc qu'il y a des Statuts mixtes, puiſqu'il y en a qui affectent tout à la fois la perſonne & les biens, & qui les affectent *æquè principaliter.* Je m'explique.

J'ai diſtingué en *l'Obſerv.* 4^e^ pluſieurs ſortes de Statuts perſonnels: les uns ſont perſonnels univerſels indéfinis; les autres ſont perſonnels univerſels *ſecundùm quid*, & les autres ſont perſonnels particuliers, & ceux-ci n'affectent la perſonne que pour quelques Actes qui ſont, ou perſonnels, ou réels.

Or, pour montrer qu'il y a des Statuts mixtes, je prends mon système dans la classe des Statuts personnels particuliers dont les Actes sont réels ; ces Statuts sont mixtes : ils sont personnels & réels tout à la fois ; personnels, puisqu'ils affectent la personne, & réels, puisqu'ils disposent des choses.

Mais pour me bien faire entendre, cela ne suffit pas encore, & il faut dire quelque chose de plus : car les Statuts personnels universels, soit qu'ils soient indéfiniment universels, soit qu'ils soient universels *secundùm quid*, affectent les personnes, & on peut dire qu'ils agissent aussi sur les biens, puisque cette affectation de la personne la met en état de disposer des biens, & cependant ils ne sont pas mixtes.

Pourquoi donc nos Statuts personnels particuliers dont les Actes sont réels, sont-ils mixtes ? c'est que ces sortes de Statuts dirigent *primariò & directè*, tant les personnes que les biens ; au lieu qu'à l'égard des Statuts personnels universels, ils dirigent *primariò & directè*, la personne, & ce n'est que par la suite & la conséquence de l'état, dont l'homme est affecté par ces Statuts, qu'ils influent sur les biens : leur objet principal est de régler l'état général de la personne ; les effets ultérieurs en ce qui regarde les biens, n'en sont que les dépendances.

Quant au Statut réel, l'objet principal est de régler les biens seulement, & la personne n'est nullement affectée.

Mais dans le Statut personnel particulier, dont les Actes sont réels, l'objet véritable est de régler la personne & les biens, également pour les uns & pour les autres, en rendant certains biens disponibles par la personne, & en l'habilitant pour cet effet seulement.

Par exemple, le mineur par état est incapable de disposer de ses biens immeubles ; mais la Loi du domicile permet au mineur marié d'en disposer par don mutuel entre lui & sa femme. Cette Loi est mixte ; elle est personnelle, puisqu'elle rend le mineur capable du don mutuel ; mais toute personnelle qu'elle soit, la capacité qu'elle donne, est bornée & limitée à un seul Acte ; il ne forme pas l'état général de la personne ; en sorte que cette Loi ne peut agir que sur la personne domiciliée & sur les biens du territoire.

Delà il suit que cette habilité particuliere a deux effets également principaux. Le premier est d'agir sur la personne, & le

ſecond d'agir ſur les biens; ce que l'on ne peut pas dire des Statuts perſonnels univerſels, ni des Satuts purs réels. Voilà donc une troiſieme ſorte de Statut, lequel eſt tout à la fois perſonnel & réel, & abſolument diſtingué des purs perſonnels & des purs réels, & qui par cette raiſon eſt mixte en ce qu'il participe de l'un & de l'autre, & c'eſt faute d'avoir ſenti la vérité de tout ce que je viens d'expoſer, que nos Auteurs ſe ſont ſi fort tourmentés ſur ce qui regarde les Statuts mixtes.

Il eſt indifférent par rapport à ces Statuts mixtes, de dire qu'ils ſuivent la Loi de la ſituation, plutôt que la Loi du domicile, parce que l'une & l'autre Loi eſt la même, le Statut mixte n'agiſſant que ſur le domicilié & ſur les biens ſitués dans le domicile. Ainſi la Loi du domicile eſt la Loi de la ſituation, comme la Loi de la ſituation eſt la Loi du domicile.

En Flandres & dans les Pays ſemblables, il me paroît qu'ils devroient gouter ce ſyſtême, & admettre les Statuts mixtes que nous indiquons préſentement, eux qui ne veulent pas que les Statuts perſonnels conſtitutifs de l'état & condition de la perſonne agiſſent ſur les biens ſitués ailleurs, & qui concentrent, à l'égard des biens, toute la perſonnalité des Statuts dans la Loi du domicile.

## OBSERVATION VII.

RODENBURGH ſemble en cet endroit décider que le Statut qui défend à un mineur d'aliéner ſes biens, eſt un Statut réel; mais il ne faut pas s'y tromper; ce n'eſt rien moins que l'intention de l'Auteur, puiſqu'auparavant il vient de nous dire, que le Statut qui permettoit ou défendoit en conſéquence de l'état & de la condition de la perſonne, étoit un Statut perſonnel. Pour bien connoître l'intention de Rodenburgh, il faut ſe placer dans les circonſtances dans leſquelles il parle. Son objet eſt de réfuter Burgundus, qui prétend que ce Statut, *le mineur ne peut aliéner ſes biens*, eſt un Statut mixte, qui eſt perſonnel réel, *perſonnel* dans la partie qui regarde les biens meubles, & *réel* dans la partie qui regarde les immeubles.

Notre Auteur fait voir que dans l'idée de Burgundus, ce Statut devroit être tout réel, parce que les meubles ont, ou

ſont préſumés avoir une aſſiette auſſi-bien que les immeubles, ſavoir, dans le lieu du domicile, & que c'eſt à raiſon de cette ſituation effective ou préſumée, que la Loi du domicile régit les biens meubles : d'où notre Auteur conclut que ce Statut ne ſauroit être mixte, puiſque dans le ſens de Burgundus, il ſeroit réel dans toutes ſes parties, les biens meubles comme les biens immeubles étant régis par la Loi de leur ſituation ; & M. Froland s'y eſt trompé, lorſqu'au *Ch.* 21, *pag.* 1017, de ſes Mémoires ſur les Statuts, il cite Rodenburgh, comme ayant eſtimé que ce Statut, *le mineur ne peut pas aliéner ſes biens*, étoit un Statut réel. Il ne faut pas confondre le raiſonnement de Rodenburgh qui veut réfuter Burgundus, avec ce que Rodenburgh peut penſer de lui-même : il faut prendre ſon plan & l'eſprit de ſes déciſions.

## OBSERVATION VIII.

JE ſuis obigé de dire ici, que lorſque je fis imprimer mes Diſſertations mixtes, je n'avois pas fait une étude exacte du Traité de Rodenburgh, de ſorte que dans une premiere lecture, j'ai entendu ces termes, dont il ſe ſert en ce Chapitre, *Lex turbat conditionem perſonarum*, dans un ſens qui s'écarte de celui de notre Auteur.

J'ai cru que notre Auteur vouloit parler d'une Loi qui troubloit ſimplement la perſonne dans l'exercice de quelques-uns de ces Actes, qui ſont la ſuite & la conſéquence de l'état & de la condition de la perſonne.

Par exemple, l'homme majeur a la faculté par état & par condition de diſpoſer de ſes biens ; mais une Loi l'empêche de diſpoſer de ſes propres en entier, ou d'une certaine quotité. Cette Loi, diſois-je, trouble la condition de la perſonne, puiſqu'elle l'empêche de faire tous les Actes que ſon état & ſa condition lui permettent, & c'eſt le ſens que j'ai donné dans ce temps-là à ces termes de notre Auteur. *Lex turbat conditionem perſonarum.*

Dans ce ſens, j'ai dit dans le Diſcours préliminaire de mes Diſſertations ſur des queſtions mixtes, en parlant des Statuts qui diſpoſent des perſonnes & des choſes tout à la fois, que ſi

ces Statuts ordonnent, ou défendent, *actum à perſonis circa res peragendum*, Rodenburgh examinoit deux choſes, ſi ce qui eſt permis, ou défendu, *pertinet ad perſonarum ſtatum, aut turbat earum conditionem.*

Je regardois cette diviſion comme formant deux membres oppoſés, & j'ai dit que par rapport à ces ſortes de Statuts, pour en connoître la nature, il falloit recourir à l'état général de la perſonne, & conſidérer ſi ce qui étoit porté dans le Statut, étoit conforme à cet état. *An pertineat ad perſonarum ſtatum*, auquel cas le Statut étoit perſonnel, ou s'il y étoit contraire, *aut turbet earum conditionem*, auquel cas il étoit réel.

Mon obſervation priſe dans la ſignification que je donnois au terme, *turbare*, eſt juſte, parce que ſi effectivement ce qui eſt porté dans un Statut, eſt conforme à l'état de la perſonne, il eſt vrai de dire que le Statut eſt perſonnel; & ſi ce qui eſt porté dans le Statut, trouble l'exercice des actes dépendants de l'état des perſonnes, le Statut communément eſt réel, ſi ce n'eſt que ce trouble ſoit par rapport à des actes purs perſonnels, auquel cas le Statut eſt pur perſonnel; mais pour exprimer mon idée qui eſt vraie en elle-même, & vraie dans la doctrine de mon Auteur, je n'ai pas employé les termes conſacrés par nos Auteurs.

Ces termes, *Statutum turbat conditionem perſonæ*, ne veulent pas dire dans nos Auteurs, que le Statut trouble & dérange ſimplement l'exercice des actes attribués à l'état & à la condition de la perſonne; mais ils veulent dire que ce Statut change réellement par rapport à certains actes, & quelquefois entiérement & abſolument, l'état & la condition de la perſonne, & la conſtitue d'un autre état qu'elle n'étoit auparavant.

C'eſt ainſi que l'émancipation *turbat conditionem minoris*, pour quelques actes ſeulement, en ce qu'elle le conſtitue capable par état de gérer & adminiſtrer ſes biens, quoique d'ailleurs il ſoit incapable pour toute autre choſe.

L'interdiction, la mort civile *turbant perſonarum conditionem*, entiérement & abſolument, en ce que de capable qu'étoit la perſonne pour tous actes par état & par condition, elles la rendent incapable entiérement & abſolument auſſi par état & par condition.

Si l'on veut s'aſſurer que tel eſt le ſens qu'il faut donner aux

termes *turbare conditionem*, employés par notre Auteur, il faut paſſer du préſent Chapitre au Titre du Chapitre ſuivant & au nombre 7 de ce même Chapitre, & encore au Chapitre 5 du tit. 2, n. 7, 8 & 9, où l'on trouvera la même expreſſion.

Antonius Matthæus en ſes Obſervations, emploie le même terme, *turbare*, dans la même ſignification. *Obſ.* 3, *n.* 106.

D'Argentré, *art.* 218, *n.* 14, emploie un autre terme, mais équivalent. C'eſt celui d'*alterare*. *Perſonam aliter affici Statuto negamus, quàm cùm de univerſali perſonæ ſtatu diſponit, & alium à priori inducit, aut* ALTERAT, *veluti in interdictis, &c.*

Ainſi dans tous les endroits de mes Diſſertations ſur les Queſtions mixtes données au Public en 1732, où j'ai employé ces termes, *turbat perſonæ conditionem*, il faut, dans le ſens que je leur ai donné pour lors, les entendre d'un Statut, qui, ſans changer l'état de la perſonne, trouble néanmoins l'exercice des actes permis par l'état & la condition de la perſonne; mais hors ces Diſſertations, il faut les entendre, & c'eſt le ſens de notre Auteur, d'un Statut qui ne trouble pas ſimplement l'exercice des actes dépendants de l'état & de la condition de la perſonne, mais qui en trouble l'état en lui-même, en faiſant ceſſer en tout, ou en partie, le premier état, & en conſtituant la perſonne d'un autre état & d'une autre condition.

Et pour ramener ce que j'ai dit dans mon Diſcours préliminaire aux véritables expreſſions de notre Auteur, au lieu de dire que par rapport aux Statuts qui diſpoſent des perſonnes & des choſes tout à la fois, Rodenburgh examine deux choſes, ſi ce qui eſt permis, ou défendu, *pertinet ad perſonarum ſtatum, aut turbat earum conditionem*, il faut ajouter, *an non*, qui ſe trouve dans notre Auteur. C'eſt dans ces derniers termes que conſiſte l'alternative de Rodenburgh, & non dans ceux-ci, *turbat earum conditionem*, qui appartiennent au premier membre de l'alternative.

C'eſt pourquoi, pag. 293 de mes Diſſertations mixtes, queſtion 15, ne prenez pas ces termes que j'emploie, *turbat ejus ſtatum*, dans le ſens de notre Auteur; mais entendez-les dans ces Diſſertations, d'un trouble dans l'exercice ſeulement.

Or dans ce ſens il eſt vrai de dire que tous les Statuts qui troublent l'état de la perſonne, en ce qu'ils troublent l'exercice des actes que lui permet ſon état, ſont communément des Statuts réels. Je dis *communément*, parce que ces actes, dont l'exercice eſt prohibé, peuvent être purs perſonnels, & la prohibition dès-lors eſt perſonnelle, au lieu que ces termes *turbare conditionem perſonæ*, entendus d'un Statut qui trouble l'état d'une perſonne, en ce qu'ils la font être d'un autre état qu'elle n'étoit auparavant, expriment un Statut perſonnel & conſtitutif de l'état de la perſonne.

CHAPITRE

## CHAPITRE III.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

*De l'effet du Statut perſonnel & du Statut réel, & de la raiſon de cet effet, comme auſſi du droit qu'il faut obſerver par rapport aux Loix qui diſpoſent de l'état & de la condition des perſonnes, non pas en faiſant abſtraction de toutes autres choſes, mais par rapport à certains actes particuliers qui font néanmoins un changement dans l'état de la perſonne.*

### SOMMAIRE.

I. *Aucun Statut ne peut affecter les héritages ſitués dans un autre territoire.*
II. *On peut défendre à un Juſticiable de faire certaine choſe hors le territoire.*
III. *Et nommément d'aller boire auprès des limites du territoire.*
IV. *Pourquoi les Statuts perſonnels ont force & autorité hors le territoire.*
V. *La Loi peut indirectement agir ſur les biens ſitués ailleurs.*
VI. *Le Statut qui défend de contracter ſuit la perſonne par-tout.*
VII. *Le Statut qui défend à la veuve mineure d'aliéner ſans curateur, eſt perſonnel.*
VIII. *Le Statut d'Utrecht qui permet aux mâles âgés de dix-huit ans, & qui n'en ont pas encore vingt, de contracter, & qui leur défend d'aliéner, eſt perſonnel, & s'étend hors le territoire.*
IX. *Le bénéfice d'âge accordé indéfiniment, s'étend aux contrats & aux aliénations, en quelque endroit qu'on les puiſſe faire.*
X. *Celui qui peut aliéner, peut contracter; mais celui qui peut contracter, ne peut pas toujours aliéner.*

IL y a cette différence entre les Statuts réels & les Statuts perſonnels, que les premiers qui diſpoſent des choſes, ſont renfermés dans l'étendue de leur territoire; les autres au contraire étendent leur diſpoſition au-delà; mais parce que Burgundus a cru dans ce Traité que nous avons déja cité pluſieurs

fois, & que nous continuerons de citer par la suite, que les Statuts personnels n'avoient d'extension au-delà de leur territoire, que par rapport aux effets personnels, nous ferons voir, à mesure que les questions se présenteront, avec combien peu de raison il s'est éloigné du sentiment commun de ceux qui ont écrit sur cette matiere. Quant à présent il faut que nous fassions connoître sur quoi est fondée la différence que nous venons de marquer entre les Statuts réels & les Statuts personnels, de peur qu'en négligeant de donner cette explication, nous ne tombions dans l'inconvénient de la plupart des Auteurs qu'on accuse d'avoir écrit avec plus de subtilité que de solidité.

I. Quand les Loix peuvent avoir lieu hors le territoire.

Il est certain qu'il n'est permis à personne d'imposer des Loix pour avoir lieu hors l'étendue de sa Juridiction, & que s'il le fait, l'on peut impunément ne s'y point soumettre, parce que hors le territoire, la Loi n'a plus d'autorité, ni de Juridiction, *L. final. ff. de Jurisdict.* Il n'y a donc aucune Loi, ni Coutume qui puisse régler directement les biens qui sont situés dans une autre Juridiction, il n'y en a même aucune qui puisse assujettir les personnes qui lui sont soumises, lorsqu'elles contractent ailleurs, parce que ce seroit tendre un piege à celui qui seroit d'une autre Juridiction, qui est présumé ne faire attention qu'aux Loix de l'endroit où il contracte, & que le Juge de cet endroit n'est pas obligé de suivre les Loix du domicile de ceux qui viennent contracter chez lui, ni de souffrir que dans sa Juridiction on prenne droit par des Loix étrangeres.

II. On peut défendre à un Sujet de faire certaines choses dans le territoire d'autrui.

On convient, à la vérité, qu'un Juge peut défendre à ses Justiciables de faire certaines choses hors son territoire, & cela peut être à cause du plein pouvoir qu'il a de les punir, quand ils contreviennent à ses Ordonnances, ou peut-être encore en vertu du consentement tacite des Justiciables qui demeurant dans un Lieu, sont présumés se soumettre entiérement à la Juridiction de ce Lieu, comme le soutient Peck. *de testament. conjug. lib.* 4, *cap.* 28, *n.* 8, *in med.* & nous avons, dans certaines occasions, répondu suivant cet avis, comme par exemple, que ceux qui ont la Juridiction d'Amersford, avoient pu défendre aux Habitants du Lieu d'aller boire auprès des limites du territoire, & affoiblir par-là la levée des Impôts de la Ville, & Burgundus a fait mention de cette Loi prohibitive,

III. Comme d'aller boire proche les limites du territoire.

*tract.* 5, *num.* 8. Au surplus, une pareille défense ne sauroit concerner les contrats que les Justiciables peuvent passer avec les Etrangers, hors l'étendue de la Juridiction, ni assujettir les Etrangers contractants hors du lieu, à être jugés par cette Loi. Il faut donc tenir pour maxime, que le Statut d'un Législateur perd toute son autorité dans la Juridiction d'un autre.

IV. Pourquoi les Statuts personnels s'étendent par-tout.

Quelle est donc la raison pour laquelle les Statuts personnels s'étendent au-delà de leur territoire? L'on sent que c'est la nature même de la chose & la nécessité qui exigent que lorsqu'il s'agit de déterminer l'état & la condition des personnes, il n'y ait qu'un Juge qui doit être celui du domicile, à qui ce droit puisse appartenir: car étant nécessaire que l'état de l'homme soit réglé & déterminé par les Loix d'un seul lieu, & que ce lieu soit certain & fixe, c'est avec beaucoup de sagesse qu'il a été résolu que ce lieu seroit celui de son domicile, parce qu'il seroit absurde, & qu'il y auroit une vraie contradiction que l'homme changeât d'état & de condition, chaque fois qu'il arriveroit dans un Pays, soit par mer, soit par terre, de maniere que presque en même-temps, il seroit majeur & maître de ses droits dans un lieu, & sous la puissance d'autrui dans un autre. La femme en même-temps seroit & ne seroit pas sous la puissance de son mari. Un homme seroit regardé comme un prodigue dans un lieu, & comme bon ménager dans un autre: d'ailleurs il résulteroit de là que la personne ne seroit attachée à aucun lieu certain, tandis que les biens fonds ont une assiette fixe, sans qu'il puisse en résulter aucun inconvénient. C'est donc avec beaucoup de sagesse que l'on a réglé que la personne recevroit son état & sa condition du lieu de son domicile.

Les anciens Législateurs ont parfaitement connu le génie des hommes à qui ils commandoient, & la portée de leur esprit, & ils ont été en état de déterminer qui étoient ceux d'entre eux qui avoient besoin de l'autorité d'autrui pour gérer leurs affaires, & les occasions où ils en avoient besoin: lors donc que par rapport à des biens situés dans un autre lieu que celui du domicile, ou par rapport à des actes passés ailleurs, il sera question de faire valoir la qualité & la condition de la personne, pour lors l'autorité de la Loi du domicile qui fixe cet état, s'étendra indirectement, & par conséquence au-delà du territoire du Statut, n'étant pas extraordinaire que ce qui ne seroit

V. Indirectement ce Statut s'étend aux choses situées ailleurs.

pas permis directement & expressément, le devienne indirectement & par conséquence ; mais que personne ne soit surpris de ce que nous disons, qu'à l'égard même des Statuts qui ne reglent pas l'état général de la personne, & qui n'ont en vue que de régler certains actes personnels, en les permettant ou défendant, ils s'étendent néanmoins au-delà de leur territoire, parce que quiconque y voudra faire une attention plus sérieuse, reconnoîtra que ces Statuts concernent l'état de la personne, & l'affectent entiérement : car toutes les fois que le Statut dirige des actes personnels, comme par exemple, lorsqu'il défend de contracter, (& nous ne parlons ici que des Statuts qui concernent l'habilité des contractants, & non pas de ceux qui déterminent la matiere & la forme des contrats, sur quoi Burgundus a dit de si belles choses, *tract.* 4,) il est certain que cette défense donne atteinte à l'état & à la condition de la personne, en ce que tout le commerce des affaires lui étant interdit, il est soumis à l'autorité d'un autre qui gere & administre ses biens, & par conséquent, il faut que ce Statut s'étende par-tout ; & il en faut dire de même du cas opposé, où loin qu'il soit défendu par la Loi à une personne de contracter, cela lui est permis, comme lorsqu'il est permis à une veuve mineure ou à un mâle âgé de dix-huit ans accomplis, & qui n'en a pas encore vingt, de contracter, & que par la même Loi, il est défendu à l'un & l'autre d'aliéner sans Curateur, ainsi qu'il y en a une Loi parmi nous. Car quant à cette prohibition d'aliéner, j'estime que la personne porte cette défense par-tout, parce que cela regarde l'état de la personne, & y fait un changement, puisque dès qu'une personne ne peut aliéner sans l'autorisation d'un Curateur, il s'ensuit qu'elle n'est pas maîtresse de ses droits, & n'a pas atteint l'âge de majorité, & qu'elle est de la condition de ces mineurs, qui chez les Romains ne pouvoient aliéner, & qui avoient néanmoins la faculté de contracter ; mais qui étoient restitués du chef de leur bas âge, quand ils étoient lésés. Bénéfice dont les majeurs ne jouissoient point. On peut raisonner de ce pouvoir de contracter accordé aux mineurs, comme de celui qui est accordé parmi nous par forme d'essai à celui qui approche de l'âge de vingt ans ; afin que, selon la preuve & le témoignage qu'il donne en minorité d'une bonne conduite, on juge s'il y a de la sureté à lui confier l'administration de ses biens, & Burgundus est de cet avis, *D. tract.* 1.

VI. De quelle nature est le Statut qui défend à quelqu'un de contracter.

VII. De quelle nature est le Statut qui défend d'aliéner.

VIII. Quel est le Statut d'Utrecht.

C'eſt pourquoi les Lettres d'émancipation accordées par le Souverain du domicile, ont leur effet par-tout, non-ſeulement quand elles ſont accordées pour contracter, comme penſe Burgundus; mais encore quand elles le ſont à l'effet d'aliéner, & il y en a une raiſon bien ſenſible, qui eſt qu'au moyen de ce que le bénéfice du Prince eſt indéfini & ſans exception, le mineur ſort abſolument de tutele. Son état devient parfait, & cette perfection d'état fait qu'il contracte & aliene valablement en quelque endroit que ce ſoit, à cauſe du pouvoir entier que nous avons fait voir ci-devant appartenir de l'aveu de tous nos Auteurs au Juge du domicile ſur l'état des perſonnes.

IX. Lettres d'émancipation ont leur effet par-tout.

Enfin, il faut encore ajouter à ce que nous venons de dire, que celui qui peut vendre & aliéner peut auſſi s'obliger perſonnellement: car celui qui peut le plus, peut le moins; de ſorte qu'il y auroit à s'étonner (quoique Burgundus penſe qu'il n'y ait rien en cela d'extraordinaire) que les mêmes perſonnes euſſent la capacité d'aliéner, & n'euſſent pas celle de s'obliger; & la preuve que Burgundus allegue pour appuyer ſon ſentiment, & qu'il tire de ce qui ſe pratique dans la Province d'Aloſt, qui eſt qu'une veuve mineure peut, à la vérité, s'obliger, mais ne peut aliéner ſans l'autorité d'un Tuteur, loin d'être une preuve de ce qu'il avance, prouve diamétralement le contraire, puiſqu'il ſeroit obligé de prouver que celui qui a la faculté d'aliéner, n'a point celle de contracter. Ces principes bien entendus levent, ce me ſemble, les difficultés qui ont embarraſſé pluſieurs de nos interpretes.

X. Celui qui aliene, contracte; mais celui qui contracte, n'aliene pas toujours.

## OBSERVATION IX.

NOUS avons dit ci-devant, *Observ.* 6^e^, que Burgundus avoit estimé que les Statuts personnels n'avoient force & exécution dans les autres Coutumes, qu'autant qu'il ne s'agissoit que d'actes purs personnels, & non pas lorsqu'il s'agissoit de biens immeubles; que ces Statuts personnels, selon Burgundus, empêchoient, à la vérité, qu'à l'occasion des contrats qui pourroient se passer de biens situés ailleurs, on pût former aucune action, diriger aucune demande, intenter aucun recours, exercer aucune contrainte contre la personne; mais que si le contrat concernant les biens est exécuté, que la tradition & l'expropriation en aient été faites au désir de la Loi de la situation, cette tradition & cette expropriation tiendront, nonobstant la contradiction du Statut personnel du domicile, & que le mineur ne pourra pas revenir contre ce contrat, parce que par rapport aux biens fonds, c'est la coutume de la situation qui les régit seule, indépendamment de la qualité que la personne peut avoir dans le lieu de son domicile. C'est pourquoi, si vous interrogez Burgundus sur la question de savoir à quel Juge il faut avoir recours, lorsqu'il s'agit de vendre quelque immeuble d'un mineur, il décide que c'est au Juge de la situation, & non au Juge du domicile. *Proindè confitendum est si aliquid circa rem alterare minor velit, ut puta alienandi, vel hipotecandi facultatem exigere, ibi sanè veniam impetrari debere, ubi bona sunt sita.* Mais s'il n'est question que d'une simple administration, *hoc casu postulare debebit à Judice domicilii, cui in personas plenum jus est attributum, tract.* 1°. *n.* 12 *&* 14.

Ce que Burgundus décide en cet endroit, est conforme aux principes du Droit Romain. Chez les Romains, c'étoit aux Magistrats du lieu de la situation des biens, à nommer aux mineurs des Tuteurs ou Curateurs. *L.* 1, *in fine, ubi petantur Tutores;* & par cette raison, lorsqu'il étoit question de vendre quelques biens appartenants aux mineurs, il falloit que le décret du Juge du lieu de la situation intervînt.

Dans nos mœurs, c'est le Juge du domicile qui nomme les Tuteurs, & par conséquent c'est à lui à décerner le décret né-

ceſſaire pour la vente & aliénation des biens des mineurs. C'eſt ce que dit en termes précis d'Argentré. *Dubitant Scholaſtici ſcriptores quis Judex intervenire debeat in appoſitione decreti, domicilii, an rei ſitûs... ne hæreas in omnibus. Id primum ſpectandum quid perſonæ pupilli utile ſit; ſunt enim res ad perſonas acceſſoriæ, & earum cauſa comparatæ; ideò quid conveniat & utile ſit, ejus eſt cognoſcere qui perſonam pupilli ſubjectam habet, id eſt domicilii, art.* 481, *conſ. Brit. gloſſ.* 2.

Voyez néanmoins la Déclaration du Roi, du premier Février 1743, qui regle la maniere d'élire des Tuteurs & Curateurs aux mineurs qui ont des biens ſitués en France, & d'autres dans les Colonies.

Mais enfin tel eſt le ſyſtême de Burgundus, que dès qu'il s'agit de fonds & d'héritages, c'eſt la Loi ſeule de la ſituation qui en décide.

C'eſt par le même principe qu'au Traité 6 de ſes Statuts, *n.* 2 *&* 3, il eſtime que pour les formalités des Teſtaments, l'on doit ſuivre celles du lieu où les biens du Teſtateur ſont ſitués. *Solemnitates Teſtamenti ad jura perſonalia non pertinent, quia eſt quædam qualitas bonis ipſis impreſſa ad quam tenetur reſpicere quiſquis in bonis aliquid alterat,* & cela parce que le Teſtament donne droit aux biens. *Nam ſi ex ſolemni teſtamento naſcatur jus in ipſa re, quomodo id poteſt præſtare alterius regionis conſuetudo quæ alienis fundis alterationis neceſſitatem imponere non poteſt. Hoc enim eſſet jus dicere extra territorium, cui impunè non paretur, & alioquin inter ſcriptores paſſim convenit in jure reali ſpectanda ſemper eſſe Statuta loci, ubi peragenda eſt præſtatio, quæ ſane hoc caſu aliter quàm in loco ſitus non interponitur.* Et c'eſt de ce ſyſtême de Burgundus, dont parle ici Rodenburgh, & qu'il ſe propoſe de réfuter à meſure que les occaſions s'en préſenteront.

Il eſt important d'être prévenu ſur le ſyſtême de Burgundus, & d'en bien ſentir le plan, parce que je trouve que quantité de nos Auteurs l'ont ſuivi dans beaucoup de réſolutions, & que ces Auteurs l'ayant pris pour guide, & ſes réſolutions pour des raiſons de décider, on pourroit donner dans pluſieurs erreurs.

Le ſyſtême de Burgundus eſt celui de Voët, *ſect.* 4, *cap.* 2, *n.* 6, *quarta regula eſt: Statutum perſonale ubique locorum perſonam comitatur in ordine ad bona intra territorium ſtatuentis ſita, ubi perſona affecta domicilium habet..... non tamen Statu-*

*tum perſonale ſeſe regulariter extendit ad bona immobilia alibi ſita.... quia nullum Statutum ſive in rem, ſive in perſonam, ſi de ratione juris civilis ſermo inſtituatur, ſeſe extendit ultra ſtatuentis territorium..... neque hîc non diſtinguam, cùm Lex non diſtinguat, an ſeſe extendat Statutum directè ad bona extra territorium ſtatuentium ſita, an indirectè, an propalam, an per conſequentiam, cùm non ſint indirectè in fraudem Legis aut Statuti permittenda quæ directè ſunt prohibita.*

Rodenburgh, au contraire, eſtime que les Statuts perſonnels s'étendent au-delà du territoire du Légiſlateur, par rapport même aux biens ſitués ailleurs. Il eſt vrai qu'il y met quelques modifications.

Je ne puis m'empêcher de remarquer que ſi effectivement, *de ratione juris civilis ſermo inſtituatur, nullum Statutum ſeſe extendit ultra ſtatuentis territorium*, parce que nulle puiſſance ne s'étend au-delà de l'étendue de ſon territoire.

Mais il faut convenir que par un concours général des Nations, & une déférence preſque néceſſaire, les Statuts qui reglent l'état & la condition des perſonnes, ſe portent dans toutes les Coutumes. Elles ont établi entr'elles, à cette occaſion, une eſpece de droit de parcours & entrecours, pour le plus grand bien du commerce & de la ſociété d'entre les hommes.

## OBSERVATION X.

RODENBURGH nous donne ici pour principes généraux, 1°, que les Statuts réels ſont renfermés dans l'étendue de leur territoire, & perſonne ne paroît douter de ce principe. *Omnis enim poteſtas extra fines poteſtatis attributæ privata eſt perſona, & finitæ poteſtatis finita juriſdictio & cognitio.* D'Arg. *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 11; & cela eſt ainſi, *propter defectum juriſdictionis quæ ſola eſt cauſa efficiens ipſorum Statutorum*, *n.* 4, parce qu'autrement, *hoc eſſet, quod aiunt, mittere falcem in meſſem alienam*, *n.* 47.

2°. Que les Statuts perſonnels étendent leurs diſpoſitions au-delà de leur Juriſdiction, & ce principe eſt celui de tous nos Auteurs, & en particulier de M. d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 16; c'eſt le droit & la condition des Statuts perſonnels.

nels. *Statutum valiturum extra territorium, eſt conditio Statutorum perſonalium;* & ce ſecond principe eſt vrai par rapport aux qualités perſonnelles & d'état que la Loi du domicile imprime dans l'homme, qui, par cette raiſon, eſt affecté de ces qualités, & qu'il porte par-tout; l'homme étant le même par-tout, quant à ſes qualités perſonnelles & d'état, & les Loix d'une autre domination ne pouvant agir ſur une perſonne qui ne leur eſt pas ſoumiſe. Il eſt encore vrai par rapport aux actes perſonnels, parce que ces actes étant attachés à la perſonne, leur validité dépend entiérement des qualités & capacités perſonnelles de celui qui les paſſe.

Tiraqueau ſe détermine par ces principes, en ſon Traité *de Legibus connub. gl.* 8, *n.* 216, où il agite une queſtion qu'il traite, *in utramque partem.* 26°. *quæro: quod ſi uxor alicujus Pictavienſis non contrahat in Pictavia, ſed in alia Provincia in qua poſſit mulier contrahere ſine concurſu mariti, an valebit contractus? Et videtur quod ſic; quia quando Statutum requirit in actu aliquam ſolemnitatem, non attenditur in actu facto extra territorium, etiamſi Statutum ſit prohibitorium, non abſolutè quidem, ſed ratione ſolemnitatis obmiſſæ; & hoc generale eſt, quod circa ſolemnitates attenditur Statutum, & conſuetudo loci, ubi actus celebratur.... & ita in Statuto prohibente mulierem contrahere ſine conſenſu viri, conſuluit Franc. Aret.*

*Contra non videtur poſſe mulierem Pictavicam, extra etiam territorium Pictaviæ contrahere, ſine conſenſu viri, multis rationibus.* 1ª. *Quia conſuetudo hæc diſponit circa perſonam, & quidem reſpectu perſonæ in loco. Ideò ubicumque mulier ſubdita contrahat, non valet contractus, non ſervatâ formâ quæ reſpicit habilitatem, ſivè inhabilitatem perſonæ: ſicuti ſi daretur hîc curator minori Pictavico, is certe nullibi terrarum poterit contrahere, ſine autoritate hujus curatoris.... Similiter ſi alicui eſt bonis interdictum, hujuſmodi interdictio ubiquè vim habet, nedum in loco interdictionis.... Præterea ſententia quæ afficit perſonam, ubique vim ſuam extendit.... Poteſtas ſtatuendi inter ſubditos ſuos, non arctatur territorio... & ex differentia locorum non debent variari jura Statutorum.... Denique ſi aliter diceremus, facilè redderetur hæc conſtitutio eluſoria, eſſetque ludibrio, quia ſemper mulier, ut contraheret ſine conſenſu mariti, alibi contraheret, quod eſſet abſurdum.* Et enfin, *n.* 224, il termine ainſi cette Diſſertation. *Nos verò ſequimur eam opinionem quæ*

*irritum facit contractum ubicumque factum, ſine conſenſu viri.*

Mais s'agit-il d'étendre le Statut perſonnel à des actes réels? C'eſt là où peut ſe trouver de la difficulté; & comme notre Auteur poſſédoit ſouverainement ſa matiere, il ſe propoſe à lui-même, à cet égard, les objections les plus fortes & les plus capables de faire impreſſion, & de faire pencher pour le parti contraire à celui néanmoins qu'il embraſſe.

La premiere objection eſt que nul Légiſlateur ne peut faire des Loix pour avoir force & autorité ſur des biens ſitués hors l'étendue de ſa Juriſdiction. C'eſt ce que dit Burgundus, *tract.* 1°. *n.* 24. *Non poſſe magis poni Legem rebus alienis, quàm perſonæ non ſubditæ.* Cependant ſi les Statuts perſonnels étendoient à l'égard des biens, leurs diſpoſitions au-delà de leur territoire, ces Statuts qui ne ſont autre choſe que des Loix, auroient autorité au-delà.

En vain prétendroit-on que ſi les Loix ne le peuvent pas directement & principalement, elles le peuvent *ſecundariò per conſequentiam perſonæ.* Burgundus traite cette idée de folie: car lorſqu'il s'agit de biens, ce n'eſt pas la perſonne qui attire les biens, ce ſont les biens qui attirent la perſonne. *Inſulsè enim exiſtimant ipſa immobilia accedere perſonæ.... Sed è contra perſonas ad ſe trahunt & afficiunt.*

Nous venons dans l'Obſervation précédente, de citer Voët, & ce que nous avons rapporté de cet Auteur, prouve qu'il a penſé la même choſe.

Voici un autre Auteur, qui parle à peu près dans les mêmes termes.

*Sive in rem, ſive in perſonam loquatur Statutum, ad bona extra territorium non extenditur. Conſideratur namque bonorum Dominus ut duplex homo; quoad bona nempe ſita in uno territorio eſt unus homo, & quoad alterius territorii bona, eſt alius homo.* G. *ad jus Meſſ. cap.* 1°. *gloſ.* 2, *n.* 119.

Rodenburgh eſt bien dans d'autres principes. Il expoſe d'abord que l'état de l'homme, doit être fixe & certain; qu'il doit être le même par-tout où il peut ſe tranſporter pour le beſoin de ſes affaires; que ſon état ne peut pas varier ſuivant les différents endroits où il peut ſe trouver, & que dans la néceſſité, d'un côté, de laiſſer à l'homme la liberté d'aller & de venir, & de l'autre, de lui fixer un état, il n'étoit pas poſſible de conſulter d'autre Loi que celle du domicile, parce que c'eſt

celle-là ſeule qui a une autorité prochaine & immédiate ſur la perſonne ; d'où il conclut que lorſque par rapport à des biens ſitués hors le domicile, il ſera queſtion de faire valoir la qualité & la condition de la perſonne, pour lors la Loi qui fixe cette qualité, doit s'étendre au-delà du territoire.

En effet il eſt bien certain que ſi chaque Nation, chaque Royaume, chaque Province étoit tellement iſolée, qu'elle pût n'avoir aucune communication, & qu'elle pût même ſe paſſer des autres Nations, des autres Royaumes, des autres Provinces, le ſentiment contraire ſeroit ſans replique; parce que celui qui iroit mal-à-propos, ſans néceſſité & ſans raiſon, s'embarraſſer avec des perſonnes qu'il auroit dû regarder comme étant d'un autre monde, ne pourroit pas raiſonnablement implorer les Loix de la domination ſous laquelle il vit, par préférence aux Loix des perſonnes d'un autre Royaume, ou Province, avec qui il a contracté, & avec qui néanmoins il ne devroit avoir rien à démêler. Dans ce cas les différentes dominations ſeroient tellement concentrées en elles-mêmes, qu'elles auroient raiſon de ſe renfermer dans leurs Loix, & de ne vouloir pas entendre parler des autres.

Mais entre tous les hommes du monde, entre les Nations les plus éloignées, entre celles mêmes qui ſemblent les plus incommunicables, Dieu a établi une communication & une dépendance, ſinon néceſſaire, du moins d'utilité & de commodité, & dès-lors il a été comme indiſpenſable que les mœurs & les Loix des différentes Nations s'entre-cédaſſent les unes & les autres pour le bien de cette communication. *Summas poteſtates cujuſque reipublicæ indulgere ſibi mutuo, ut Jura, Legeſque aliorum in aliarum territoriis effectum habeant, quatenus ſine prejudicio indulgentium fieri poteſt. Ob reciprocam enim utilitatem in diſciplinam Juris gentium abiiſſe, ut civitas alterius civitatis Leges apud ſe valere patiatur. Huberus, lib. 3, cap. 8, §. 7, Juris publ. univerſ.*

Quand donc l'homme porte ſon état dans d'autres Juriſdictions, ce n'eſt pas que la Loi du domicile empiete ſur ces Juriſdictions; mais c'eſt parce que la perſonne eſt affectée de cet état, & c'eſt ce que Vander-Meulen, en ſa Diſſertation *ſuper famoſiſſimâ quæſt. &c. pag.* 109, a expliqué en termes fort énergiques. *Quod enim Statutum perſonale operari dicatur extra*

*territorii fines, quoad perſonam fortaſſe alibi extra territorium exiſtentem, illud non importat hoc Statutum extra territorium jus dicere, cùm illa operatio Statuti oriatur potiùs ex afficientia perſonæ, ipſi ratione bonorum ibi ſitorum obveniente, vel ipſi in territorio exiſtenti inuſtâ. Subjectus enim extra territorium degens ſubjectionem quandam radicalem, ſeu habitualem retinet, quam qualitatem ut oſſibus ipſius inhærentem ubique ſecum fert, adeo ut illius qualitatis intuitu quoad illum Statuti effectum in illo territorio exiſtere intelligatur.*

La ſeconde objection que ſe fait Rodenburgh contre le même principe, eſt que ſi les perſonnes qui contractent enſemble, étoient chacunes aſſujetties aux Loix de leur domicile, ce ſeroit tendre un piege à autrui, qui n'eſt préſumé faire attention qu'aux Loix de l'endroit où il contracte, & que le Juge de cet endroit n'eſt pas obligé de ſouffrir que dans ſa Juriſdiction on prenne droit par des Loix étrangeres. Je ne vois pas que notre Auteur ait, en cet endroit, répondu à cette objection ; mais comme elle demande une grande diſcuſſion, nous nous réſervons de traiter expreſſément ci-après de la Loi qui doit régir nos contrats. *Voyez l'Obſervation* 46.

Au ſurplus, notre Auteur a raiſon de dire qu'il n'eſt aucun Légiſlateur qui puiſſe faire des Loix, pour avoir force & autorité hors l'étendue de ſa Juriſdiction. Le principe eſt vrai, ſi on l'entend d'une autorité directe & principale ; mais il n'y a pas d'inconvénient que la Loi du domicile, celle qui regle l'état & la condition de la perſonne, agiſſe ſur les biens ſitués ailleurs, par ſuite & par conſéquence de l'état de la perſonne, & à raiſon d'une certaine néceſſité publique, & c'eſt ce que nous allons diſcuter en *l'Obſerv.* 12.

Je remarquerai ſeulement, que quand notre Auteur ajoute ici qu'il n'eſt même aucune Loi qui puiſſe aſſujettir les perſonnes qui lui ſont ſoumiſes, lorſqu'elles contractent ailleurs, il n'entend pas dire que les perſonnes qui contractent hors l'étendue de leur domicile, ne ſoient pas aſſujetties aux Loix qui reglent leur capacité ou incapacité ; car notre Auteur ſoutient bien affirmativement que l'homme porte par-tout où il contracte, l'état & la condition dont il eſt affecté par la Loi de ſon domicile, & que chacun eſt obligé de connoître l'état de celui avec lequel il contracte ; mais notre Auteur entend que les

perſonnes qui contractent hors leur domicile, ne ſont point ſoumiſes aux Loix de leur domicile, en ce qui regarde les ſolemnités, & en ce qui regarde certaines Loix réelles qui ont lieu dans le domicile.

## OBSERVATION XI.

RODENBURGH dit ici que le Juge peut défendre à ſes juſticiables de faire certaines choſes hors de ſon territoire; mais que ces défenſes ne peuvent pas s'étendre juſqu'aux contrats, que les juſticiables pourroient paſſer avec des Etrangers hors l'étendue de la Juriſdiction.

Il eſt certain qu'un Juge, s'il exerce ſur tout une autorité indépendante, peut établir dans l'étendue de ſa Juriſdiction telle police qu'il eſtime à propos, & le ſujet eſt obligé d'obéir, parce que la premiere Loi de chaque ſociété eſt d'obéir à ceux qui ont droit de commander. *Generale quippe pactum eſt ſocietatis humanæ, obedire Regibus ſuis. S. Auguſt. lib.* 3, *cap.* 8, *confeſſ.*

Il eſt même certains réglements qui doivent être obſervés par ceux qui ne ſéjournent qu'en paſſant. *Cùm Romam venio, jejuno ſabbato; cùm hîc ſum, non jejuno*, diſoit S. Ambroiſe à S. Auguſtin, ſuivant que ce dernier le témoigne, *Ep.* 54, *alias* 118, *ad Januar.*

Je ne ſais cependant ſi dans les pratiques particulieres de religion, dont l'inobſervation, quant aux Etrangers, ne dérangeroit en rien l'ordre général du lieu, & ne cauſeroit aucun ſcandale, un Etranger y ſeroit abſolument aſſujetti, de ſorte, par exemple, que hors tout péril de ſcandale, il fût obligé de faire abſtinence, s'il ſe trouve dans un lieu où par une dévotion particuliere, & qui ne ſeroit pas d'uſage par-tout ailleurs, l'abſtinence s'obſerve. Il faut voir là-deſſus Barilly, *de poteſtate Legis municipalis in advenas & indigenos.*

Mais j'eſtimerois ſans difficulté que l'Etranger y ſeroit aſſujetti, s'il y avoit autrement du ſcandale, ou que l'ordre public en fût troublé. *Propter conſcientiam, conſcientiam autem dico non tuam, ſed alienam*, 2, *Corint.* 10, *& ad Roman.* 14, *n.* 13, *& ſequent. Si frater tuus propter cibum contriſtatus jam non ſecundùm charitatem ambulat, noli cibo tuo illum perdere pro*

*quo Chriſtus mortuus eſt, &c.* Sur cette queſtion on peut conſulter encore Sanchez, *de Matrim. L.* 3, *diſput.* 18, où elle eſt parfaitement traitée.

M. Gibert en ſes Conſult. canoniques, tom. 1^er^. Conſult. 78, demande ſi les Prêtres qui, pour ſe conformer aux Ordonnances du Dioceſe, ont juré de ne porter jamais, ni habit court, ni perruque, ſous peine d'encourir la ſuſpenſe par le ſeul fait, vont en habit court, & portent perruque hors leur Dioceſe, violent leur ſerment & encourent la ſuſpenſe.

Il agite la queſtion de part & d'autre. Il dit d'abord qu'il ſemble que ces Prêtres ſont coupables du violement de ſerment. Il diſtingue deux ſortes d'obligations, celles accompagnées de ſerment, & celles qui proviennent de la ſimple Loi humaine. Celles-ci finiſſent lorſqu'on ſort des lieux du diſtrict de ceux qui l'ont faite; mais à l'égard des premieres que l'on contracte par le ſerment, elles ſont de droit naturel & de droit divin, & ſuivent les perſonnes par-tout où elles vont.

Pour le parti contraire, il dit que ceux qui font un pareil ſerment, ne le font que relativement aux Ordonnances qui n'obligent que dans les lieux où elles ont autorité, & pour le temps où ils y demeureront; que l'Evêque n'eſt préſumé exiger ce ſerment que pour être exécuté dans ſon Dioceſe, & que lui attribuer d'autres vues, ce ſeroit lui faire tort. Il n'auroit pu les avoir faites ſans paſſer les bornes de ſon pouvoir, qui eſt renfermé dans ſon Dioceſe, & le ſerment qu'il exige doit y être pareillement borné, autrement il entreprendroit ſur la juriſdiction d'autrui; & cet Auteur eſt de ce dernier avis.

Il eſt encore des réglements qui doivent être obſervés par ceux mêmes qui ne ſont ni domiciliés, ni ſimplement paſſants.

C'eſt ainſi qu'Antonius Faber, *C. lib.* 1°. *tit.* 5, *defin.* 2, *pag.* 68, dit qu'un Souverain peut défendre le tranſport des bleds hors de ſon Royaume, & que cette défenſe regarde même les Etrangers, principalement quand ils ont des terres dans l'étendue du Royaume, parce que, *edicti verba in rem, non in perſonam concepta ſunt, demonſtratis nimirum poſſidentium perſonis. Nemo dubitat quin Legiſlatori cuilibet liceat pro arbitrio, & quam vult Legem dicere omnibus qui in territorio ſuo prædia poſſident, nempe ratione fructuum ex iis prædiis collectorum, aut colligendorum. Quod ſi edictum in perſonam conceptum*

*proponeretur, non alios procul dubio comprehenderet quàm subditos, ni forensium quoque mentio expressim facta esset.*

Gaïll. en son Traité *de Arrestis*, décide la même chose. *An autem Dominus territorii (possit) etiam forensibus ratione bonorum in territorio suo sitorum aliquid oneris imponere, ut videlicet simul cùm aliis subditis conferant pro militari subsidio, vel extruendis propugnaculis, &c. & quatenus hoc facere recusent, bona eorum arrestare. Distinguendum est*, dit cet Auteur, *utrum forensibus hoc onus imponatur, ut patrimoniale munus, & tunc per æs, & libram unâ cùm aliis impositum onus sustinere debent, & præstare obligabuntur.*

Il est vrai que cet Auteur prétend que, *si onus illud imponeretur ut munus personale, dominum hoc de jure facere non posse;* mais j'estime que Faber a mieux décidé, & plus conformément aux principes de l'autorité souveraine, lorsqu'il dit que le Prince le peut. *Dummodò forensium expressa mentio facta sit*, parce qu'un homme qui a des biens dans une domination étrangere, & qui en jouit sous la protection du Souverain, *subditus impropriè dicitur.*

Le Prince peut donc ordonner ce qu'il estime convenable pour le bien de ses Etats, permettre ou défendre, & punir les contrevenants même étrangers.

Il est des choses, dit S. Augustin, *Liv.* 3, *Ch.* 8, *de ses Confessions*, qui ne sont crimes, que parce qu'elles sont contraires aux mœurs & à l'usage du Pays où l'on se trouve; car chaque Etat ou chaque Nation subsiste sur de certaines conventions générales qu'il n'est permis, ni aux Citoyens, ni aux Etrangers de violer. *Ut pactum gentis consuetudine vel Lege firmatum, nullâ civis aut peregrini libidine violetur.* Voyez Chorier en sa Jurisprudence de Gui-Pape, *liv.* 2, *sect.* 4, *art.* 7, du transport des grains.

Quant à ce qui est de police personnelle, lorsqu'un non domicilié habitant seulement depuis quelque temps y manque, il est de la raison & de la justice de l'en avertir avant que de le mulcter, quand il n'y a pas assez long-temps qu'il est résisident dans le lieu. *Aut Statutum punit factum quod jure communi non est delictum, & tunc peregrinus ignorans non ligatur. Mol. C. lib.* 1°. *tit.* 1°. *verb. de delictis.*

Le Spéculateur, *lib.* 4°. *part.* 1ª, *de Constitutionibus*, fait mention de cette distinction. *Quid si extraneus ibi portat cul-*

*tellum contra formam banni, dicunt quidam quod aut ibi moram traxit, ita quod ſit veriſimile eum poſſe bannum ſcire, quo caſu in bannum incidit & punitur, aut non traxit moram ut ſcire poſſit, & tunc non tenetur.*

*Joan. Faber, C. lib.* 1°. *de ſumma Trinit. n.* 15, avoit dit la même choſe avant ces Auteurs. *Statuta non ligant non ſubditos; ſuper quo dic quod aut quæritur utrum extraneus ligetur delinquendo, aut contrahendo, aut aliàs. Primo caſu aut ſciebat, & dic ligari, ſi delinquat in territorio..., aut ignorabat, & dic quod aut prohibitum per Statutum vel conſuetudinem erat per ſe illicitum, & ligat, aut non, & non ligat. Et hoc intelligit Joan. de Raven. quantum ad ultimum membrum, niſi verteretur utilitas publica..... nam tunc ligat ignorantes ſecundùm eum..... tu dicas indiſtinctè non ligari pœnâ Statuti, ſed debere alias puniri de jure communi, niſi eſſet ignorantia craſſa, vel ſupina.*

Je me ſuis trouvé un jour à l'Audience de Police, tenue par M. d'Argenſon, vers l'an 1716 : un Vénitien avoit été cité pardevant lui pour avoir donné à jouer à des jeux défendus. Il lui demanda depuis quel temps il demeuroit dans le Royaume ; & ce Vénitien lui ayant répondu qu'il y avoit ſix mois, M. d'Argenſon lui dit, *vous devez ſavoir que les Etrangers n'ont que ſix ſemaines pour apprendre les Réglements de Police ;* en conſéquence de quoi il le condamna à une amende, mais fort légere. C'eſt préciſément par rapport à ces ſortes de réglements de Police qu'il a été dit, *intraſti urbem, ambula juxta ritum ejus*, & il eſt certain qu'une demeure continuelle pendant un certain temps exclut toute préſomption d'ignorance. *Præſumptio ſcientiæ proveniens ex habitatione, & morâ diurnâ factâ in loco, ignorantiam excludit. Maſcard. de gener. Stat. interpret. concl.* 6, *n.* 144.

Il eſt vrai que la fixation du temps convenable & propre à fonder cette préſomption, dépend un peu de l'arbitrage du Juge & de ſa ſageſſe. *Præſumitur autem ſciens ex longâ converſatione in eodem loco, quod eſt in Judicis arbitrio,* dit M. Ch. du Molin, *C. de Statutis ;* mais le principe n'en eſt pas moins certain en lui-même.

Je ſuis encore perſuadé qu'un Juge, par un réglement de Police, peut défendre de faire certaines choſes hors de ſon territoire, comme d'aller boire & féſtiner au-delà de certaines limites ; mais j'aurois peine à croire qu'un Etranger non établi dans le lieu,

lieu, & qui ne ſéjourne qu'en paſſant, fût aſſujetti à un pareil réglement, qui n'a pour objet que d'empêcher la diminution des impôts, auxquels de ſimples paſſagers ne peuvent être obligés de contribuer. Auſſi notre Auteur ne parle-t-il que des juſticiables.

Dans l'ancienne Coutume de Normandie, il eſt dit au ſujet du cri de haro, qu'à ce cri doivent *iſſir* tous ceux qui l'ont ouï. *Ad hunc clamorem, omnes qui audiunt, ex ædibus pedem efferre debent, & concurrere.*

Un Auteur nommé Tanigius Sorinus Leſſæus, qui a fait un petit commentaire ſur ce cri de haro, intitulé *de Normanorum quiritatione*, demande ſi un voyageur qui entend ce cri de haro, eſt obligé de ſortir dehors, & de prêter ſecours à celui qui crie. *De viatore quid dicendum eſt? ſanè ſi ex aliena Juriſdictione eſt, ad id obſtringi non videtur æquum, in quem Judex imperium non habet.* Et cette raiſon eſt en faveur même de l'Etranger paſſant qui ſauroit à quoi le cri de haro aſſujettiroit.

Un Légiſlateur peut encore accorder à ſes Sujets certains privileges, & à raiſon de ce, leur faire des défenſes de les enfreindre en quelque lieu que ce ſoit. Par exemple, dans le Brabant, il y a une conceſſion de Charles IV, qui défend à tous Brabançois d'arrêter un Brabançois hors les Etats du Brabant. *Unum Brabantum non poſſe alterum Brabantum extra Brabantiam arreſtare.* Le pourra-t-il, s'il le trouve *in Hiſpania, Italia, Anglia & aliis Provinciis, aut Regnis quæ non ſubſunt Imperatori?*

Peckius *de Jure ſiſtendi, cap.* 8, répond pour la négative. 1°. *Quia ſicut Statutum prohibitorium abſolutè loquens comprehendit ſubditum exiſtentem in alieno territorio, ita etiam & hoc privilegium, quod vim Statuti habet.* 2°. *Quia poteſtas ſtatuendi inter ſubditos, territorio non arctatur.* 3°. *Quia ſi Lex Principis ſuos ſubditos liget, ubicumque ſint, & quocumque eant, ergo etiam & privilegium illius quod voluit habere vim Legis & Statuti;* & cet avis eſt embraſſé par Knobbaert, *ad Jus civile Gandenſium, rub.* 4, *art.* 12, *obſerv.* 1.

J'adopte volontiers pour le cas particulier l'avis de Peckius: *Privilegium illud vim Statuti habet inter ſubditos, quia poteſtas, &c.*

Mais ce principe que *Statutum prohibitorium abſolutè loquens comprehendit ſubditum exiſtentem in alieno territorio*, eſt-il vrai

dans ſa généralité ? Suppoſons que dans une Nation, & pour ne point ſortir du Brabant, ſuppoſons que dans le Brabant certaines conventions fuſſent prohibées, & que quelqu'un de cette Nation ſe tranſportant ailleurs, où la convention ſeroit permiſe, il ſtipulât avec des Etrangers; il faudroit dire dans cette eſpece, ſelon les principes de Peckius, que cette convention ſeroit nulle vis-à-vis même l'Etranger; *quia Statutum prohibitorium conventionis abſolutè loquitur, & comprehendit ſubditum exiſtentem in alieno territorio, quia poteſtas ſtatuendi inter ſubditos, territorio non arctatur.* Et comme nous ſuppoſons un Brabançois qui a contracté, c'eſt le cas de dire que, *lex Principis ſuos ſubditos ligat, ubicumque ſint & quocumque eant.*

Cependant j'aurois de la peine à me ranger de ce parti, parce que je ne ſaurois me perſuader que la prohibition de la Loi du Brabant pût dans ce cas nuire à ceux du dehors, avec qui des Brabançois auroient contracté. Le Juge peut bien condamner ſes juſticiables en une amende pour avoir fait ces contrats contre ſa défenſe; il pourroit encore les déclarer nuls de juſticiables à juſticiables; & c'eſt, ſelon moi, le véritable cas où étoient les deux Parméſans, dont nous allons parler, qui avoient compromis pardevant un ſeul Notaire & deux témoins, pendant que la Loi de Parme exigeoit indiſpenſablement deux Notaires, & dont le compromis fut déclaré nul; mais il ne le pourroit pas de juſticiables à non juſticiables, parce que les juſticiables ayant une capacité d'état de contracter qui eſt inhérente en leurs perſonnes, ils portent cette capacité d'état par-tout, & que le Juge n'a pas d'autorité ſur des Etrangers avec qui ſes Juſticiables auroient pu contracter, ni ſur des contrats paſſés avec eux hors ſa Juriſdiction, outre que ce ſeroit troubler le commerce, & tendre des pieges aux Etrangers. C'eſt ce que dit Ménochius, *lib.* 2°. *præſump.* 2, *n.* 11. *Declaratur hîc caſus ut locum non habeat, quandò civis contraxit extra civitatis ſuæ territorium cum extero qui ignorabat Statutum ipſius civis ſecum contrahentis; nam tunc contractus iſte non redditur nullus Statuto prædicto, cùm non præſumatur mentis ſtatuentium fuiſſe, velle decipere illum exterum.* On peut encore conſulter Schotanus, & ce que nous avons rapporté de cet Auteur en la Diſſertation 46 ſur la Loi du contrat.

M. le P. Bouhier, *ch.* 28, *n.* 10, obſerve que par le Statut

de la Ville de Parme, tout acte eſt déclaré nul entre les Citoyens de cette Ville, s'il n'eſt paſſé devant deux Notaires, encore que ce fût hors du Parméſan. Il dit qu'un homme de cette Ville avoit paſſé un compromis hors de ſon territoire, avec une perſonne étrangere, pardevant un ſeul Notaire, & qu'il étoit pourſuivi pour l'exécution, par-devant les Juges de Parme; on demandoit ſi on pouvoit s'y prévaloir de ce compromis, & Balde répondit que non, à cauſe de la diſpoſition expreſſe & prohibitive du Statut; ce qui eſt, ajoute M. Bouhier, conforme aux principes.

J'ai vérifié la citation, & il me paroît que ceux qui avoient compromis, étoient deux Parméſans, & en ce cas la déciſion eſt juſte; l'acte n'ayant pas la forme preſcrite, étoit vraiment prohibé entre deux Parméſans. Mais je ne puis me diſpenſer de dire que la Loi de Parme ne ſtatuant qu'entre les Citoyens de la Ville, ſi l'on ſuppoſe que le compromis dont eſt queſtion, étoit paſſé, comme le dit M. le P. Bouhier, par un Parméſan avec un Etranger hors du territoire, il me paroît qu'il n'y avoit pas lieu d'y appliquer la Loi du Parméſan.

Nous trouvons dans l'Ordonnance de 1667 une diſpoſition qui peut faire naître une queſtion qui tombe ſur notre matiere.

Cette Ordonnance, *art.* 6 de la Décharge des Contraintes par corps, porte la diſpoſition ſuivante. » Défendons de paſ» ſer à l'avenir, aucuns Jugements, obligations, ou autres » conventions portants contrainte par corps contre nos Sujets, » à tous Greffiers, Notaires & Tabellions de les recevoir, & » tous Huiſſiers & Sergents de les exécuter, encore que les ac» tes aient été paſſés hors notre Royaume, à peine de tous dé» pens, dommages & intérêts.

Je demande, à cette occaſion, ſi des François ayant paſſé des obligations en Pays étranger où l'obligation par corps n'eſt pas de Loi ordinaire, mais où il eſt permis de s'obliger par corps pour toutes ſortes de cas, & s'étant ſoumis à la contrainte par corps, dans un des cas prohibés par nos Ordonnances, ils pourroient exciper de la diſpoſition de nos Ordonnances, pour ſe mettre à couvert de la contrainte par corps.

1°. Dans les Pays étrangers, vis-à-vis des Etrangers avec qui ils auroient contracté.

2°. S'ils le pourroient ici en France, vis-à-vis ces Etrangers.

3°. S'ils le pourroient en Pays étranger, vis-à-vis des François.

4°. Si du moins, dans ce dernier cas, ils le pourroient ici en France.

Sur la premiere queſtion je doute fort que le Juge étranger dans la Juriſdiction duquel le François plaideroit, reçût l'exception du François. En vain lui plaideroit-on que par les Loix de France, le François ne peut pas s'obliger par corps hors certains cas; que cette Loi eſt prohibitive; qu'elle lie le François par-tout où il peut aller; qu'il faut raiſonner de ce cas, comme d'une femme en puiſſance de mari, qui s'obligeroit en Pays étranger, ſans autoriſation, & dont l'obligation ſeroit nulle; qu'il faut connoître l'état & le pouvoir de contracter que peut avoir celui avec lequel on s'engage; que la prohibition de s'engager par corps eſt un Statut perſonnel qui affecte la perſonne, à l'exemple du Statut qui défend à la femme de s'obliger pour autrui. On répondroit ſans doute à ces raiſons, que ces ſortes de prohibitions ne peuvent concerner que les François entre eux, & nullement un François qui contracte avec un Etranger hors de la France; que ce François eſt en mauvaiſe foi, & qu'il a voulu ſurprendre l'Etranger qui n'étoit pas obligé de ſavoir la Loi de la France; qu'à la vérité il faut connoître l'état de la perſonne avec qui l'on contracte; mais que cela ne peut s'appliquer qu'à l'état univerſel de la perſonne, comme eſt l'état de majeur, ou de mineur, de femme en puiſſance de mari, ou libre de cette puiſſance; mais que cela ne ſauroit s'entendre d'une Loi particuliere, telle que celle qui fait défenſe de s'obliger par corps, Loi dont on n'eſt pas toujours à portée de s'inſtruire, ni même dans l'obligation de s'inſtruire, étant une Loi particuliere à une Nation, & dont le François écarte toute idée & tout ſoupçon, quand il s'oblige par corps; que le reſpect qui eſt dû aux conventions, eſt une Loi ſupérieure qui met à couvert de la fraude, & qui ne permet pas qu'un contractant frauduleux puiſſe eſpérer la moindre protection. Par ces raiſons j'eſtime que le François ſeroit valablement empriſonné dans le Pays étranger, en vertu de l'obligation qu'il y auroit paſſée avec un Etranger, avec d'autant plus de raiſon, qu'en France on prononce *le par corps* contre les Etrangers, pour toutes ſortes de cas.

Sur la ſeconde queſtion, le François le pourroit-il en France,

vis-à-vis l'Etranger ? Il me ſembleroit, par les mêmes principes, qu'en France le François qui s'eſt obligé par corps avec un Etranger, dans un Lieu où la convention eſt autoriſée, devroit pareillement être condamné par corps vis-à-vis cet Etranger, parce qu'il convient mieux de déférer à la convention, en l'exécutant de bonne-foi, que d'y donner atteinte, en déférant à une Loi que l'Etranger a pu raiſonnablement ignorer, & que le François a violée par dol & par ſurpriſe : la correſpondance d'entre les Nations exige qu'on préfere ce parti qui eſt plus d'accord avec la bonne-foi. Auſſi Coquille nous aſſure-t-il qu'en France, tout dol eſt *coërcé* extraordinairement, & par priſon. *Inſt. au Droit François, tit. des exécutions*, & telle eſt la déciſion de Ménoch. ci-devant rapportée.

Cependant je n'oſerois pas aſſurer que cet avis fût ſuivi. L'Ordonnance de 1667, qu'il ne m'appartient pas d'interpréter, laiſſe à déſirer de ſavoir ſi elle entend parler ſeulement des Sujets contractants dans les Pays étrangers, entre eux, ou encore avec des Etrangers, & il paroîtroit que l'Ordonnance auroit voulu comprendre ce dernier cas, parce qu'il parle des actes paſſés hors le Royaume, & qu'il eſt plus ordinaire de contracter en Pays étranger, avec des Etrangers, qu'avec des François ; & que d'ailleurs l'Etranger venant ici implorer les Loix de France, eſt cenſé devoir les adopter en entier, & que les Juges de France doivent craindre de heurter les Loix du Souverain, dont ils tiennent leur qualité & leur autorité. D'ailleurs le corps d'un François eſt un bien de France, dont on ne peut diſpoſer ſans la permiſſion du Prince.

Sur la troiſieme & quatrieme queſtion, je ne fais pas de difficulté que le François qui, en Pays étranger, s'eſt obligé par corps avec un autre François, contre la prohibition de l'Ordonnance, en doit être déchargé en quelque Juriſdiction qu'il plaide. C'eſt pour ces cas qu'il eſt vrai de dire que *Lex Principis ſuos ſubditos ligat, ubicumque ſint, & quocumque eant*, & d'employer les autres raiſons de Peckius.

Les raiſons de Peckius peuvent donc avoir leur application en trois cas. 1°. Entre perſonnes ſujettes à la même Loi. 2°. Pour des actes purs perſonnels entre eux. 3°. Pour certains privileges accordés qui doivent auſſi avoir lieu entre eux.

*Quid juris*, ſi un Etranger contracte dans un Lieu où, ſans aucune ſoumiſſion, la contrainte par corps eſt de Loi, & que

l'exécution ſe faſſe dans un Lieu où la contrainte par corps ne s'exécute pas ? Faut-il ſuivre la Loi du Lieu du contrat, ou bien la Loi où ſe fait l'exécution ? *Voyez l'Obſervation* 46.

A l'occaſion des Réglements que les Juges ont droit de faire dans l'étendue de leur Juriſdiction, il s'eſt élevé une queſtion aſſez ſinguliere, pour ſavoir ſi le Comté d'Eu, régi par la Coutume de Normandie, étoit encore ſoumis aux Réglements de ce Parlement, faits depuis que ce Comté avoit été diſtrait de ſon Reſſort, pour reſſortir au Parlement de Paris, & notamment s'il étoit encore ſoumis à celui de 1666. M. Froland a compoſé un volume ſur cette queſtion. Voici l'eſpece qui s'eſt préſentée depuis quelques années.

Le ſieur de Belleval de Floriville, domicilié en Picardie, avoit vendu en 1717 & 1718, au nommé Conſeil demeurant à Genneville au Comté d'Eu, par contrats paſſés devant les Notaires d'Amiens, ſix acres de terre ſitués en ce Comté, avec faculté de réméré.

En 1743, vingt-ſix à vingt-ſept ans depuis ces ventes, le fils du vendeur exerça le réméré. Il fut queſtion de ſavoir ſi cette action en réméré étoit valable : la conteſtation en fut portée au Comté d'Eu ; le Demandeur fut débouté de ſa demande, & condamné aux dépens.

Appel en la Cour : Conſeil intimé prétendoit que le Comté d'Eu n'étoit pas aſſujetti au réglement du Parlement de Paris de 1650, qui prolonge la faculté de réméré à trente ans, quand il n'y a pas eu de jugement de déchéance, & il excipoit de l'article 109, du réglement de 1666.

A cet effet il expoſoit que le Comté d'Eu faiſoit partie du Duché de Normandie, & étoit aſſujetti aux Loix & uſages de cette Province : c'eſt une haute Juſtice ſituée dans l'étendue du Bailliage de Caux, qui eſt un des grands Bailliages de la Normandie ; que ce Comté releve immédiatement du Roi, à cauſe du Duché de Normandie.

Que les Comtes d'Eu avoient ſéance dans l'échiquier de Normandie, & que pendant la tenue, leurs Officiers étoient obligés de diſcontinuer leurs fonctions, comme tous les autres de la Province.

Qu'en 1438, ce Comté fut érigé en Pairie, & ne fut point détaché de l'échiquier de Normandie : la veuve du Comte d'Artois, en faveur duquel l'érection avoit été faite, plaida

pour ſon douaire ſur ce Comté en la Juriſdiction d'Arques, dans le reſſort du Parlement de Rouen.

Qu'à la vérité Louis XI, en 1466, avoit ordonné que le Comté d'Eu reſſortiroit au Parlement de Paris; mais qu'en 1485, Charles VIII en ſon lit de Juſtice en l'échiquier condamna le Comte d'Eu en l'amende pour ne s'y être pas trouvé, & lui fit défenſe & à ſes Officiers de tenir aucune Juriſdiction durant l'échiquier.

Que cette attribution de 1466 & l'Arrêt de 1485, avoient fait naître la conteſtation d'entre le Parlement de Paris & celui de Rouen, ſur le reſſort du Comté d'Eu, dont la proviſion eſt demeurée au Parlement de Paris, & le fond a été renvoyé au Conſeil du Roi, par Lettres-Patentes de Henri II, des 21 Décembre 1550 & 9 Mars 1551.

Qu'en 1577, Henri III accorda aux Etats de la Province, des Lettres pour la réformation de la Coutume de Normandie, qu'il y comprit nommément le Comté d'Eu, & déclara que ſon intention étoit que les articles qui ſe trouveroient arrêtés, accordés & rédigés par écrit dans l'aſſemblée des trois Etats, fuſſent obſervés à l'avenir comme Loi irrévocable & comme Edit perpétuel, & que les Sujets de la Province fuſſent tenus de les garder inviolablement, ſans pouvoir être admis à faire preuve au contraire ſoit par turbes ou autrement.

Que c'eſt en conſéquence que dans le Comté d'Eu, les Fiefs jouiſſent des prérogatives des autres Fiefs de la Normandie. Il y a des Fiefs de Haubert; il n'y a pas de communauté avec les femmes; le douaire eſt le même que celui de la Coutume générale, le mari y a droit de viduité.

Que par conſéquent, il falloit dans le Comté d'Eu ſuivre l'article 109 du Réglement de 1666, qui porte qu'après le temps convenu, on ne peut plus exercer le retrait conventionnel.

Que cette diſpoſition du Réglement eſt conforme à ce que dit M. Ch. du Molin, dans le Livre intitulé, *Explicatio Labyrinthi divid. & individ. part.* 3, *n.* 606 *&* 608. Charondas dans ſes Pandectes du Droit Franc. *liv.* 2, *Chap.* 31, & que c'eſt l'avis des Commentateurs de la Coutume de Normandie.

De la part du ſieur de Floriville, vendeur & appellant, on ſoutenoit ſon retrait bon & valable par une diſtinction.

Le Comté d'Eu, nonobſtant le changement de reſſort au Parlement de Paris, eſt toujours reſté ſoumis & aſſujetti à la Cou-

tume de Normandie, aux Réglements même que le Parlement de Rouen pourroit avoir faits antérieurement à ce changement, & encore aux interprétations qu'il auroit pu donner depuis, & à celles qu'il pourroit donner actuellement aux articles de la Coutume, obſcurs & non ſuffiſamment développés; c'eſt ce que Chopin nous enſeigne en ſes remarques, ſur les Cout. part. 2, queſt. 2. *Provinciales priſtinos mores ac leges non mutare, quod ab uno in alteriûs Senatûs territorium transferantur.*

Mais il n'en eſt pas de même en ce qui regarde les réglements que le Parlement de Rouen peut faire de nouveau; ce ſont des actes de Juriſdiction, & le Comté d'Eu n'y eſt pas ſoumis.

Ainſi le Réglement de 1650, du Parlement de Paris, fixant une Juriſprudence ſur un point de droit ſur lequel la Coutume de Normandie étoit muette, & ce Réglement étant antérieur à celui de 1666, du Parlement de Normandie, fait depuis que le Comté d'Eu eſt ſoumis à la Juriſdiction du Parlement de Paris, l'article 109, de ce Réglement de 1666, ne doit pas l'emporter ſur celui de 1650.

Ainſi jugé par Arrêt, du 19 Août 1751, qui infirme la Sentence du Comte d'Eu. Cet Arrêt rendu dans la deuxieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Saint-Juſt.

Dans la conteſtation jugée par cet Arrêt, il n'a pas été queſtion de ſavoir ſi, en préſuppoſant le Comté d'Eu aſſujetti au Réglement de 1666, il falloit ſuivre ce Réglement à cauſe que les biens étoient ſitués en Normandie, & ce, par préférence au Réglement de 1650, qui avoit lieu en Picardie, où le vendeur étoit domicilié, & où le contrat avoit été paſſé. Toute la diſcuſſion ſe renfermoit dans celle de ſavoir ſi le Comté d'Eu reſſortiſſant du Parlement de Paris, étoit encore ſujet aux nouveaux Réglements de la Coutume de Normandie, en ce qui n'étoit pas de pure explication des articles de cette Coutume, mais de nouvelle diſpoſition; & dès-lors l'Arrêt n'a point jugé de queſtions mixtes.

Suppoſons pour un moment que le Réglement du Parlement de Normandie, eût été antérieur au temps que le Comté d'Eu a été ſoumis à la Juriſdiction du Parlement de Paris; on peut raiſonnablement dire que le Comté d'Eu, ſoumis pour lors à la Juriſdiction du Parlement de Normandie, auroit paſſé ſous celle du Parlement de Paris, avec ſes diſpoſitions & coutumes, ſa Juriſprudence interprétative d'icelle & ſes Réglements,

ments, & ç'auroit été le cas d'agiter qui devoit l'emporter, ou de la Juriſprudence du lieu de la paſſation du contrat, où le vendeur demeuroit, ou de la Juriſprudence du lieu de la ſituation de la choſe vendue ; c'eſt ce qui ne s'eſt point agité dans la conteſtation, & c'eſt ce que nous allons agiter.

On ne peut pas douter qu'un Réglement qui détermine le temps dans lequel l'on doit faire l'uſage d'une faculté de réméré preſcrit par une Loi, pour rentrer dans la propriété d'un fonds aliéné, eſt un Réglement qui concerne la choſe ; & quand il eſt conçu en termes négatifs prohibitifs, il affecte la choſe dans la propriété de laquelle on veut rentrer.

C'eſt ainſi qu'un Teſtateur, qui, avant la derniere Ordonnance, ſubſtituoit ſes biens, & qui en avoit qui étoient répandus dans des Parlements où les dégrés ſe comptoient par têtes, & dans d'autres où ils ſe comptoient par générations comme en Bourgogne, on ſuivoit la Juriſprudence obſervée dans les différents lieux de la ſituation, parce que ce n'étoit qu'une maniere de compter les dégrés.

C'eſt ainſi qu'en Bretagne, une ſubſtitution faite en faveur des deſcendants n'aura pas lieu, pendant qu'elle ſera exécutée dans d'autres endroits, ſuivant les différentes diſpoſitions de coutumes où les biens ſont ſitués, parce que ces ſortes de diſpoſitions regardent & affectent le fonds.

C'eſt ainſi qu'en matiere de retrait lignager ou féodal, il faut ſuivre les formalités réelles de la ſituation.

Que ſi la choſe vendue à faculté de réméré, étant ſituée dans une coutume qui fixe la déchéance de cette faculté à un certain temps, les parties convenoient d'un temps plus long pour en pourſuivre la déchéance, je réponds en diſtinguant, ou les Coutumes ſont prohibitives d'un plus long délai, ou elles ſont ſimplement diſpoſitives. Exemple.

La Coutume de la ſituation porte, que la faculté ne pourra être exercée après cinq ans, à compter de l'échéance du temps porté par le contrat de vente, & que la déchéance ſera acquiſe de plein droit après ce temps ; voilà qui eſt prohibitif : ou bien le Statut porte que la faculté de réméré doit être exercée dans un certain temps de l'échéance, & le Statut ne porte point de déchéance. Il eſt certain au premier cas, que la convention ne vaut rien ; la Loi eſt réelle & prohibitive, *fecerunt quod non potuerunt, & non fecerunt quod potuerunt.* Ils pou-

voient ſtipuler une faculté de réméré plus longue; mais ils ne pouvoient pas ſtipuler un plus long temps pour la déchéance de cette faculté. Au ſecond cas, la Loi étant ſimplement diſpoſitive, la convention ſe convertit en une faculté de réméré accordée pendant tout le temps convenu pour former la demande en déchéance, & il n'y aura d'autre preſcription que celle des conventions ordinaires.

Depuis cet Arrêt, du 19 Août 1751, s'étant préſenté la queſtion de ſavoir ſi une femme du Pays de Caux, munie d'un certificat du Vicaire de la Paroiſſe & de quatre témoins non parents, & en outre d'une Sentence du Juge, avoit valablement vendu un immeuble ſitué dans ledit Comté, attendu que le Vicaire & les quatre témoins n'étoient pas parents, ainſi que le requéroit *l'art.* 128, du Réglement du Parlement de Normandie de 1666; les parties firent dépendre la déciſion de la queſtion de ſavoir ſi *l'art.* 128 de ce Réglement qui exige l'avis de parents, outre la permiſſion de Juſtice, pour l'aliénation des immeubles de la femme dans les cas mentionnés en *l'art.* 541, de la Coutume générale, étoit purement interprétatif dudit *art.* 541, en conformité d'un uſage qui eût toujours eu lieu en Normandie; ou ſi cet *art.* 128 étoit de nouvelle diſpoſition, introduiſant de nouvelles formalités, qui n'étoient point, ou très-peu pratiquées juſqu'à ce Réglement.

Toutes les parties ſembloient convenir que ſi l'avis des parents requis par *l'art.* 128 des placités, étoit de nouvelle diſpoſition; que ſi le Parlement de Normandie n'a exigé cette formalité, que pour conſtater mieux que ci-devant la néceſſité preſſante de la femme, en ce cas cette diſpoſition ne pouvoit avoir lieu dans le Comté d'Eu, comme n'étant plus ſoumis à la Juriſdiction de ce Parlement dès avant le Réglement.

Mais que ſi cet *art.* 128 ne faiſoit que conſtater l'ancien uſage, ſelon lequel la néceſſité de la femme devoit être juſtifiée & établie par un avis de parents, outre la permiſſion de Juſtice, pour lors ce Réglement qui n'établiſſoit pas une nouvelle forme, mais qui ne faiſoit que la conſtater, devoit être obſervé dans le Comté d'Eu, n'étant pas une nouvelle Loi, mais une Loi ancienne nouvellement écrite.

Il ne paroît pas que la Cour ſe ſoit arrêtée à cette queſtion que l'on élevoit aſſez mal à propos: car dans ce cas elle ſe ſeroit portée ſans doute à ordonner un acte de notoriété; mais par

Arrêt du 10 Mai 1752, au Rapport de M. de Chavaudon, rendu entre François l'Anglois & conſorts, Appellants, & Jacques-François Bloquet, Intimé, on a décidé en faveur de l'Acquéreur muni d'un certificat du Vicaire, & de quatre témoins, quoique non parents, & d'une Sentence du Juge; mais, ſelon moi, cet Arrêt ne décide point que le Réglement de Normandie ait été rejetté. Il eſt rendu ſur des circonſtances particulieres. La Vendereſſe n'avoit peut-être pas de parents ſur les Lieux, & dans ce cas il falloit bien les remplacer par des voiſins, en ſorte que je ne fais mention de cet Arrêt, que pour prévenir contre l'abus qu'on en pourroit faire, en ſe perſuadant que la Cour auroit jugé que le Réglement de 1666 renfermoit une nouvelle diſpoſition.

Les Mémoires que les Parties fournirent dans cette derniere conteſtation, me donnent occaſion de remarquer que dans cette nouvelle affaire, celui qui avoit acquis le bien de la femme, & qui n'avoit pour lui qu'un certificat du Vicaire de la Paroiſſe, & de quatre autres témoins non parents, avec une Sentence du Juge, ayant cité l'Arrêt du 19 Août 1751, pour faire voir que le Réglement de 1666 n'étoit pas regardé comme Loi au Parlement de Paris, on a, pour contredit à cet Arrêt, répondu que le Parlement de Paris n'avoit jugé, comme il a fait, que parce qu'il n'y avoit dans le Comté de Normandie, ni Loi, ni uſage ſur la déchéance de la faculté de réméré, après l'expiration du temps convenu; en ſorte que c'étoit le cas de décider par la Juriſprudence du Parlement de Paris, bien antérieure au Réglement de 1666. On a ajouté encore que l'Article 109 du Réglement de Normandie n'avoit d'ailleurs aucune application à l'eſpece du procès, ne s'agiſſant, dans cet Article, que de la ceſſion de la faculté de réméré à un tiers, contre laquelle ceſſion on ne peut *clamer* après le temps convenu, pour exercer le retrait; au lieu que dans l'eſpece de l'Arrêt, ce n'étoit pas un tiers, mais le fils du vendeur même qui exerçoit le retrait. Mais je ne ſais ſi cette ſeconde raiſon ſera goutée par quiconque entendra bien l'Article 109 du Réglement.

## OBSERVATION XII.

NOTRE Auteur dit en cet endroit, que lorsque par rapport à des biens situés dans un autre lieu que celui du domicile, ou par rapport à des actes passés ailleurs, la question dépend de la qualité & de la condition de la personne, pour lors l'autorité du Statut personnel du domicile, s'étend indirectement & par conséquence, au-delà du territoire.

La raison que notre Auteur en donne, est qu'il n'est pas extraordinaire que ce qui ne seroit pas permis directement & principalement, le devienne indirectement & par conséquence.

Je trouve le même principe dans Me Ch. du Molin, en son Conseil 53. *Quandò Statutum principaliter, primariò, & directè disponit in personas subjectas, non est inconveniens quod in consequentiam, & per indirectum habeat effectum ubique, etiam in bonis, & rebus sitis extra locum consuetudinis & domicilii marii.*

Décius en son Conseil 207, vol. 5, avoit, avant M. Ch. du Molin, donné la même décision. *Quandò dispositio principaliter respectum habet ad personam, porrigitur in consequentiam ad bona extra territorium.*

Cette décision est fondée en raison & en Justice.

En effet, quand la Loi fixe l'état des hommes, & les constitue d'une certaine condition, ce n'est certainement pas pour le seul plaisir de rendre cet homme de tel état & de telle condition; la Loi porte ses vues plus loin, & elle a inconteſtablement pour objet de déterminer l'état d'un homme, relativement à la société, & de définir & régler celui qui peut, ou ne peut pas agir dans cette société, celui qui est capable, ou non, de faire les actes ordinaires qu'exige le commerce de l'homme.

Par exemple, quand la Loi détermine l'âge de la majorité, est-ce pour faire un majeur, *nomine tenus*, & pour donner à l'homme, une qualité vaine & stérile?

Quand la Loi interdit un prodigue, est-ce pour le plaisir de le lier & d'en faire un homme inutile?

Quand par un effet des infirmités humaines qui doivent hu-

milier l'homme, ſa raiſon ſe dérange & ſe perd, eſt-ce pour le ſeul plaiſir, que la Loi le place dans la claſſe des enfants & des imbécilles?

Quand la Loi déclare une femme mariée être en puiſſance & ſous l'autorité de ſon mari, eſt-ce ſeulement pour la rendre dépendante & l'aſſujettir à l'autorité de ſon mari?

On ne peut pas nier que dans tous ces cas, la vue, l'objet & le terme de la Loi ne ſoient le plus grand bien de la ſociété. Toutes ces Loix ſont donc faites *in ordine ad ſocietatem.*

Or l'ordre de la ſociété exige qu'un homme qui eſt d'un certain état & d'une certaine condition, ſoit tel par-tout où il peut ſe tranſporter, & que conſéquemment ce ſoit ſon état & ſa condition qui décide de l'uſage qu'il doit avoir de ſes biens, quand cet uſage eſt attaché à l'état de la perſonne, & la raiſon en eſt que cet état le pénetre pour ainſi dire tout entier, & le fait être ce qu'il eſt dans la ſociété. Je dis *pénetre*, & j'aime mieux cette expreſſion, que celle de certains Auteurs qui diſent que *qualitas perſonam ſicut umbra ſequitur.*

Ainſi toutes les fois qu'il s'agira d'actes qui dépendront dans les différentes Coutumes de l'état & condition de la perſonne, cet état ſe portera par ſuite & par conſéquence dans tous les endroits où ces actes ſeront à exercer, & où les biens ſeront ſitués, ſoit qu'il s'agiſſe d'actes purs perſonnels, comme ſont les engagements, ſoit qu'il s'agiſſe d'actes réels, comme les aliénations, & autre diſpoſition des fonds, & c'eſt préciſément pour ces cas que le principe de nos Auteurs eſt vrai. *Poteſtas ſtatuendi inter ſuos ſubditos territorio non arctatur.* Voyez ſur ce principe Piſcina dans ſa fameuſe Diſſertation *an Statuta fœminarum excluſiva porrigantur ad bona forenſia, n.* 99 & 100, où il convient de la maxime que *de bonis in alieno territorio ſitis diſponere Statutum principaliter (non valet); poteſt tamen in conſequentiam de bonis in alienâ juriſdictione jacentibus municipalis Lex diſponere, reſpectu ſubditarum perſonarum quas habilitare & inhabilitare poteſt*, & où il cite quantité d'autorités. Ce Livre a été imprimé en 1570. Il eſt en la Bibliotheque du Roi, ſous la lettre F, *n.* 3579, *in*-8°.

Bouvot en ſes Queſtions notables, *lettre T, quæſt.* 4, *pag.* 329 de la ſeconde Partie, édition de 1623, a adopté les mêmes principes. « La Coutume du domicile a-t-elle puiſſance,

» dit-il, ſur la perſonne qu'elle regle; l'habilité, la légitimité » d'icelle, & ce qui affecte la perſonne, s'étend par-tout pour la » rendre habile, ou inhabile, légitime, ou illégitime en tou- » tes diſpoſitions, encore qu'elles ſoient faites de biens ſis ail- » leurs, dont la raiſon eſt que la Loi du domicile connoît mieux » que nul autre, les mœurs & conditions de la perſonne qui » lui eſt ſujette, & de quel remede elle a beſoin pour l'auto- » rité de ſa conduite en tous actes civils : c'eſt pourquoi elle » en peut ſeule ordonner; & s'il advient que cette perſonne » habile, ou inhabile, légitime, ou illégitime par la Coutume » de ſon domicile, diſpoſe des biens aſſis ailleurs, ſa diſpo- » ſition eſt valable, ou non, ſelon la puiſſance que donne, ou » refuſe la Loi du domicile, laquelle néanmoins ne peut être » dite outrepaſſer ſon territoire, parce que principalement » elle ne diſpoſe pas de ce qui eſt hors, mais ſeulement de ce » qui concerne la perſonne qui lui eſt ſujette; ce qu'elle peut » licitement faire parmi cette diſpoſition, par une conſéquence » qui peut s'étendre à ſon effet. Auſſi voit-on que ſi le Juge du » domicile, qui eſt la Loi vive, interdit ſon Sujet, comme » furieux, comme prodigue, l'effet en eſt univerſel, & s'étend » par-tout, même au regard des biens aſſis hors le territoire » du Juge qui a ordonné l'interdiction.

On m'objectera peut-être que cette déciſion eſt bonne pour le cas où l'on ſera certain qu'il faut décider par l'état & la condition de la perſonne; mais j'ignore, me dira-t-on, quand cela eſt certain, & il faudroit me donner une regle pour diſtinguer quand je dois recourir à l'état de la perſonne, & quand je ne dois pas y recourir; & quand au contraire je dois me renfermer uniquement dans la diſpoſition de la Loi de la ſituation.

Cette objection eſt raiſonnable, & j'oſe dire que c'eſt en cela que conſiſte la difficulté, & que c'eſt en y répondant qu'on peut trouver le point de déciſion.

Puiſque l'état & la condition de l'homme ne ſont déterminés que *in ordine ad ſocietatem*, il faut convenir qu'ils ont pour terme tous les actes de la ſociété civile.

Or ces actes de la ſociété ſont entre autres de diſpoſer de ſes biens, ainſi qu'on le juge à propos, de les vendre, d'en acquérir, de les échanger, de les donner, de les hypothéquer.

Mais quoique les Loix concourent à déterminer l'état & la condition de la perſonne pour tous ces actes généraux, elles défendent quelquefois, ou elles permettent quelques-uns de ces actes par des raiſons particulieres & indépendantes de l'état & de la condition de la perſonne.

Donc lorſqu'il s'agira d'une vente, d'une acquiſition, d'un échange, d'une donation, &c. il s'agira d'un acte de la ſociété, pour raiſon duquel il y aura lieu de conſulter ſi ſa validité dépend de l'état & de la condition de la perſonne, ou ſi elle n'en dépend pas; & pour diſtinguer l'un & l'autre cas, voici les opérations que je ferai.

J'examinerai d'abord quel eſt l'état & la condition de la perſonne dans le lieu de ſon domicile.

Si je la trouve capable par état, j'en conclurai qu'elle peut tous les actes de la ſociété; & ſi je la trouve incapable par état, j'en conclurai qu'elle n'en peut aucuns.

Du domicile de la perſonne je paſſerai à la Loi de la ſituation, & j'examinerai ſi ces actes permis à celui qui eſt capable par état, par la Loi de ſon domicile, lui ſont défendus à raiſon d'un état contraire qui auroit lieu où les biens ſont ſitués, ou s'ils le ſont, indépendamment de l'état.

Au premier cas le Statut perſonnel du domicile ſe trouvant croiſé par le Statut perſonnel du lieu de la ſituation, celui du domicile l'emportera ſur celui de la ſituation.

Au ſecond cas le Statut perſonnel du domicile cédera au Statut réel de la ſituation.

Par exemple, par la Loi du domicile un homme eſt majeur à vingt ans, & ſes biens ſont ſitués à Paris, où l'on n'eſt majeur qu'à vingt-cinq ans.

A Paris l'homme âgé de vingt ans ne peut pas vendre & aliéner ſes biens; pourquoi? parce qu'il eſt mineur à Paris; c'eſt donc ſon état qui l'empêche de vendre; mais cet homme eſt domicilié en Normandie, où il ſuffit de vingt ans; cet homme majeur en Normandie, eſt majeur à Paris, & y peut faire tous les actes de majeur; ſon état de majeur que lui imprime la Loi qui gouverne ſa perſonne, ne ſauroit être altéré par une Loi qui n'a point d'autorité ſur elle.

Au contraire, l'homme eſt majeur en Normandie à vingt ans; mais ſes biens ſont ſitués dans une Coutume où les majeurs même de vingt-cinq ans, ne peuvent diſpoſer de leurs

biens que juſqu'à une certaine concurrence. Cette prohibition n'eſt point fondée ſur l'état de la perſonne, mais ſur des raiſons particulieres & réelles; & dès ce moment la capacité même d'état du domicile cédera à la prohibition réelle de la ſituation.

C'eſt pourquoi, ſi dans le lieu même du domicile il ſe trouve des diſpoſitions particulieres qui ne dépendent pas de l'état de la perſonne, & que dans le lieu de la ſituation, il n'y ait pas pareilles diſpoſitions particulieres, l'homme capable par état qui eſt obligé de céder à la diſpoſition particuliere de ſon domicile, ne trouvant pas dans le lieu de la ſituation pareilles diſpoſitions, y porte ſon état, & y diſpoſera de biens dont il ne pourroit diſpoſer dans le lieu de ſon domicile.

Par ces mêmes raiſons, ſi dans la Coutume du domicile & dans celle de la ſituation des biens, il y a des diſpoſitions particulieres indépendantes de l'état, comme de ne pouvoir dans le domicile diſpoſer que du quart, ici du tiers, ailleurs du quint, il faudra à cet égard ſe conformer aux différentes Loix de la ſituation des biens, parce que par rapport à ce, l'état de la perſonne ne vient point en conſidération.

Que ſi en examinant l'état & la condition de la perſonne dans le lieu de ſon domicile, je la trouve incapable par état, pour lors j'en reſte là, & je ne conſidere plus la Loi de la ſituation, parce que cette Loi qui n'a point d'autorité ſur la perſonne, ne peut jamais la rendre capable, & que reſtant incapable par état, elle l'eſt par-tout.

C'eſt pourquoi l'homme domicilié à Paris étant mineur juſqu'à vingt-cinq ans, je dirai que le Pariſien qui n'a pas acquis vingt-cinq ans, eſt incapable de vendre par-tout, même les biens ſitués en Coutumes où il ſe trouveroit avoir l'âge fixé par ces Coutumes pour la majorité.

Mais il eſt des Coutumes qui permettent certaines choſes à des incapables par état; que dirons-nous de ces ſortes de Statuts? Ceci demande une plus grande diſcuſſion, & je me réſerve à en parler ſur l'Obſervation ſuivante.

Je répéterai ſeulement ici ce que j'ai dit ci-devant, 1°. que dans l'exactitude logicienne, tous les Statuts qui permettent à des perſonnes qui ſont *ſui Juris*, & que tous ceux qui défendent à des perſonnes qui ne ſont pas *ſui Juris*, ſont des Statuts perſonnels, comme étant les ſuites & les conſéquences de l'état de la perſonne.

2°.

2°. Que tous les Statuts permiſſifs adreſſés à des perſonnes qui ne ſont pas *ſui Juris*, en cette partie ſont encore, à la vérité, perſonnels, mais perſonnels réels s'il s'agit de biens fonds, & que les Statuts négatifs, & concernants pareillement les fonds adreſſés à des perſonnes qui ſont, *ſui Juris*, ſont tous des Statuts réels. Voyez les *Obſerv.* 9 & 10.

## OBSERVATION XIII.

NOTRE Auteur n'exige pas que le Statut pour être perſonnel, regle univerſellement l'état de la perſonne, ni qu'il regle cet état, abſtraction faite de toutes choſes, puiſqu'il convient que les Statuts qui n'ont même dans leur objet que de régler certains actes, en les permettant ou en les défendant ſont néanmoins perſonnels, quand leurs objets ſont perſonnels, & que dans ce cas, ces Statuts s'étendent au-delà de leur territoire.

Ainſi, ſelon notre Auteur, on peut diſtinguer deux ſortes de Statuts perſonnels, ceux qui reglent l'état univerſel de la perſonne, & ceux qui ne reglent qu'une capacité particuliere pour certains actes perſonnels.

Chalines, dans ſa méthode générale des Coutumes, où il y a du bon, a traité la matiere des Statuts que l'on n'entendoit pour lors qu'imparfaitement. Il a fait, *pag.* 250, la même diviſion que notre Auteur, & il admet des diſpoſitions perſonnelles particulieres, & des diſpoſitions perſonnelles univerſelles; mais il ne les prend pas dans le même ſens que notre Auteur, & ne leur donne pas les mêmes effets.

Il appelle diſpoſitions perſonnelles univerſelles, celles qui affectent les perſonnes par un Droit commun & général, c'eſt-à-dire, ſelon lui, celles qui s'obſervent dans tout le Royaume, ou dans la plupart des Provinces du Pays Coutumier.

Il appelle diſpoſitions perſonnelles particulieres celles qui établiſſent une capacité ou habilité particuliere de la perſonne dans une certaine Coutume.

Il dit quant aux diſpoſitions perſonnelles univerſelles, qu'elles ont leur effet par-tout, tant à l'égard de la perſonne en

quelque endroit qu'elle se transporte, qu'à l'égard des héritages en quelques endroits qu'ils soient situés, & que le changement de domicile ne peut changer cette qualité personnelle & universelle, qui est de Droit commun.

A l'égard des dispositions personnelles particulieres, il convient, *pag.* 219 & 220, qu'elles ont leur effet par-tout en ce qui touche la personne; mais qu'à l'égard des biens elles sont restreintes dans l'étendue de la Coutume, & que la capacité personnelle dont elles affectent la personne, ne subsiste que pendant que la personne fait sa demeure actuelle dans l'étendue des Coutumes qui portent de pareilles dispositions.

Il range dans la classe des dispositions personnelles universelles, indépendantes du domicile, & qui ont leur effet dans toutes les autres Coutumes, même pour les héritages qui y sont situés, les dispositions qui mettent la femme sous la puissance de leurs maris, la communauté de biens entre conjoints, l'incapacité de succéder dans celui qui est condamné à mort par contumace.

Et il range dans la classe des dispositions particulieres personnelles, qui ne s'étendent pas dans les autres Coutumes quant aux biens, & qui dépendent du domicile actuel, la majorité fixée à vingt ans, & la garde bourgeoise introduite dans la Coutume de Paris.

Ainsi, selon Chalines, pour connoître si des dispositions personnelles sont universelles ou particulieres, il ne faut pas envisager si ces dispositions affectent plus ou moins les personnes, c'est-à-dire, si elles les affectent pour plus ou moins d'actes; mais uniquement si elles ont pour elles le concours de plus ou de moins de Coutumes. Au premier cas, elles sont universelles; au second cas, elles sont particulieres.

C'est dans ce sens qu'il décide que la majorité de la Coutume de Normandie accordée à l'âge de vingt ans, à l'effet de disposer de ses immeubles par aliénation, est une disposition particuliere, parce qu'une pareille majorité à l'âge de vingt ans, n'a pas pour elle le concours du plus grand nombre des Coutumes. C'est encore dans ce sens qu'il met dans la même classe des dispositions personnelles particulieres, la garde bourgeoise introduite par la Coutume de Paris par un Privilege spécial.

Selon Chalines, les dispositions personnelles universelles,

c'eſt-à-dire, celles qui ont pour elles le concours du plus grand nombre des Coutumes, ont leur effet à l'égard des héritages en quelque lieu qu'ils ſoient ſitués.

Dans ce ſyſtême la majorité de Normandie à l'âge de vingt ans, n'aura pas lieu ſur des héritages ſitués ailleurs, où il en faut vingt-cinq; mais la majorité de vingt-cinq ans aura lieu par-tout, parce qu'elle a pour elle le concours du Droit commun, & par conſéquent elle auroit lieu à Bruxelles, où par une diſpoſition particuliere, il en faut vingt-huit, pendant que la majorité de vingt n'auroit pas lieu dans celles où il en faut vingt-cinq & vingt-huit.

Selon Chalines, encore, les diſpoſitions perſonnelles univerſelles ſubſiſtent de maniere que le changement de domicile ne peut changer cette qualité perſonnelle & univerſelle, & nous venons de dire qu'il citoit, par exemple, les diſpoſitions qui mettent les femmes ſous la puiſſance de leurs maris, la communauté de biens entre conjoints, l'incapacité de ſuccéder dans celui qui eſt condamné à mort par contumace.

Il n'y a perſonne qui ne ſente le faux de tout ce ſyſtême qui juge de la nature, de la qualité, & des effets des diſpoſitions légales, non pas par les diſpoſitions en elles-mêmes, mais par des idées purement extérieures & priſes du dehors; telles diſpoſitions ſeront perſonnelles particulieres, & ne s'étendront pas ailleurs, uniquement parce qu'elles n'ont pas le concours des Coutumes, & elles s'y étendront quand elles auront ce concours, encore que les unes & les autres aient également pour objet de former l'état & la condition de la perſonne.

Mais pourquoi les diſpoſitions perſonnelles à cauſe du concours du plus grand nombre des Coutumes, s'étendront-elles par-tout? ne craint-on point de ſe déterminer par la Loi du plus fort? n'eſt-ce pas livrer bataille aux Coutumes, & vouloir l'emporter par le plus grand nombre de troupes? de quel droit pluſieurs Coutumes, quoique réunies & concourant enſemble, feront-elles violence aux autres? ce n'eſt plus dès-lors ſuivre les regles & les principes ordinaires pour traiter de Coutumes à Coutumes; c'eſt ſuivre une regle arbitraire & de haſard.

A la bonne heure que l'on ſuive le plus grand nombre des Coutumes, quand il s'agira d'introduire dans une Coutume

muette une disposition plutôt qu'une autre ; mais quand cette Coutume aura prévu la disposition, & aura disposé elle-même, pourquoi les autres Coutumes feront-elles la loi à celle-ci ? chacune n'a-t-elle pas droit de commander, & de fixer l'état & la condition de ses Sujets que toutes les autres Coutumes doivent également respecter ?

D'ailleurs c'est fort mal à propos que Chalines place dans la même classe la majorité fixée à vingt ans, & la garde bourgeoise de la Coutume de Paris.

En effet la majorité avancée ou reculée, soit qu'elle ait les effets d'une majorité parfaite, soit qu'elle n'ait force que d'une émancipation légale, met dans la personne un état & une condition ; elle affecte la personne, & la constitue de cet état, au lieu que la garde bourgeoise ne donne pas un état, & n'imprime pas dans la personne une condition. Voyez ci-après *l'Observ.* 39, sur la Garde.

La majorité avancée ou reculée, ne sauroit être bornée, renfermée & limitée, comme le doit être la Garde bourgeoise.

C'est pareillement mal à propos que Chalines place la puissance maritale dans la classe des dispositions personnelles universelles, qui sont indépendantes du domicile, parce que l'on pense assez communément que la femme changeant de domicile, peut cesser d'être sous la puissance de son mari, quant aux choses qui peuvent ne point intéresser ce mari.

D'ailleurs, si la puissance maritale est de disposition personnelle universelle, comment regarderons-nous l'état contraire dont les femmes sont dans la plupart des Pays de Droit écrit ? Il faudra donc, selon les principes de cet Auteur, regarder cet état comme personnel particulier qui ne doit pas s'étendre dans les autres Coutumes, & c'est encore ce que personne ne pensera.

Je ne prétends pas néanmoins que Chalines ait tort de diviser les dispositions personnelles en particulieres & universelles. J'admets la distinction, & la crois même nécessaire pour l'intelligence de la matiere des Statuts ; mais je ne crois pas, comme Chalines, qu'une disposition personnelle universelle, ne soit telle qu'autant qu'elle est entiérement conforme au Droit commun. Je ne crois pas qu'elle soit toujours indépendante de tout changement de domicile. Je ne mesure pas ces

diſpoſitions par le nombre des Coutumes, mais par l'effet qu'elles produiſent dans la perſonne qui en eſt affectée; & c'eſt ainſi que Rodenburgh l'entend.

La majorité en effet à quelque âge qu'elle ſoit fixée, comme majorité parfaite, eſt toujours une diſpoſition perſonnelle univerſelle, puiſqu'elle regle l'état général de la perſonne, & l'affecte univerſellement; autrement la majorité de vingt-cinq ans ſeroit de diſpoſition univerſelle, & s'étendroit par-tout, pendant que celle de vingt ſeroit de diſpoſition particuliere, & ſeroit renfermée dans le lieu du domicile; & pour décider du plus, ou du moins d'effet des diſpoſitions perſonnelles, il faudroit inceſſamment avoir le calcul à la main, & cette maniere de juger des diſpoſitions perſonnelles, renverſeroit les notions que nous avons en cette matiere.

D'ailleurs Chalines, en ſuivant ſes idées, n'auroit pas dû mettre la communauté de biens entre maris & femmes, dans la claſſe des Statuts perſonnels univerſels; car la moitié du Royaume n'admet pas cette communauté, & peut-être n'a-t-elle pas le concours des Nations.

Je prends donc, ainſi que Rodenburgh, l'univerſalité d'une diſpoſition perſonnelle, non pas par la pluralité des Coutumes où la diſpoſition toute ſemblable a lieu, mais par l'effet univerſel qu'elle produit.

Ainſi j'appelle diſpoſitions perſonnelles univerſelles, celles qui affectent les perſonnes & forment leur état & leur condition; & j'appelle diſpoſitions perſonnelles particulieres, celles qui affectent la perſonne, mais qui néanmoins ne lui donnent qu'une habilité, ou inhabilité particuliere, & reſtreinte à un certain objet particulier; telle eſt la faculté de diſpoſer par teſtament de ſes biens, celle accordée à un mineur conjoint de diſpoſer par don mutuel au profit de ſon conjoint.

Ces diſpoſitions perſonnelles ſont particulieres, parce que effectivement elles ſont bornées à certains actes particuliers; & comme telles, elles ne s'étendent pas à des biens ſitués hors le domicile, qui n'auront pas la même diſpoſition.

Entre les diſpoſitions perſonnelles univerſelles, il y en a qui ſont telles indépendamment de tout changement de domicile, & il y en a d'autres qui dépendent du domicile actuel. C'eſt pourquoi on peut les ſubdiviſer. Je m'explique.

Je diviſe, comme je viens de le dire, les diſpoſitions perſonnelles en deux eſpeces; ſavoir, les diſpoſitions perſonnelles univerſelles, & les diſpoſitions perſonnelles particulieres. Comme j'enviſage les diſpoſitions perſonnelles par leurs effets, je les ſubdiviſe en diſpoſitions qui affectent univerſellement la perſonne, & lui forment un état général; je les appelle diſpoſitions perſonnelles univerſelles au premier dégré: telle eſt la majorité, l'interdiction pour démence, la tutele, les Jugements qui impriment une note d'infamie, &c.

Mais il eſt des diſpoſitions perſonnelles qui affectent pareillement la perſonne pour des effets moins généraux & moins étendus; par exemple, l'émancipation par Lettres du Prince: car elle ne met dans le mineur qu'un état pour adminiſtrer ſeulement, & l'état primordial & foncier de la perſonne, eſt la minorité, & je les appelle diſpoſitions perſonnelles univerſelles au ſecond dégré.

Quant aux diſpoſitions perſonnelles particulieres, j'en connois pareillement de deux ſortes; celles qui prohibent, ou permettent certains engagements perſonnels. Ces diſpoſitions ſont perſonnelles, *ex utraque parte*, ſavoir, du côté de la perſonne, en ce qu'elle habilite l'incapable, ou inhabilite le capable; & du côté de la choſe, parce que leur objet eſt tout perſonnel, & je les appelle diſpoſitions particulieres pures perſonnelles; mais j'en connois auſſi de perſonnelles, & dont l'objet eſt réel; par exemple, *celles qui permettent à un mineur marié de faire une donation mutuelle à ſon conjoint.* Je mets encore dans cette claſſe les Statuts qui permettent de faire un teſtament. J'en ai fait ci-après une diſſertation expreſſe, & je les appelle diſpoſitions perſonnelles réelles. Elles ſont perſonnelles, en ce qu'elles s'adreſſent à des perſonnes incapables par état, & qui ſont rendues capables pour ces choſes particulieres, ce qui ne pourroit ſe faire, ſi le Statut ne les habilitoit pas, & il ne peut pas les habiliter, qu'il ne ſoit perſonnel; mais en même-temps il eſt réel, parce que l'objet de ces diſpoſitions eſt communément quelque fonds & héritage.

Cela préſuppoſé, je dis que les diſpoſitions perſonnelles univerſelles, ſoit au premier, ſoit au ſecond dégré, ont lieu partout, parce qu'ils forment un état dans la perſonne qui l'accompagne par-tout, excepté dans les Lieux qui contiennent des diſpoſitions particulieres réelles, prohibitives, négatives.

A l'égard des diſpoſitions perſonnelles particulieres, ſi elles ſont pures perſonnelles, il n'y a pas de difficulté qu'elles ſe portent encore par-tout, parce que ne réglant que des engagements perſonnels, ſoit en les permettant, ſoit en les défendant, il eſt néceſſaire que cette prohibition, ou permiſſion accompagne la perſonne par-tout. C'eſt ce que je vais prouver tout à l'heure, par l'exemple du Sénatuſconſulte Velleien; mais ſi elles ſont perſonnelles réelles, elles n'ont lieu que dans l'étendue du domicile & ſur les domiciliés ſeulement.

J'obſerverai, par rapport à cette derniere eſpece de Statuts particuliers perſonnels réels, qu'ils ſont tous permiſſifs, affirmatifs, & que ces Statuts habilitant la perſonne pour un effet particulier réel, ne s'adreſſent qu'à des incapables par état. La raiſon en eſt que ces Statuts habilitent la perſonne pour lui faire faire un acte réel qu'elle ne peut pas faire par état, & que ceux qui ſont déja capables, n'ont pas beſoin d'être habilités une ſeconde fois. C'eſt pourquoi ſi par rapport aux capables, il y a quelques Statuts conçus en termes particuliers, qui ſemblent les habiliter, ces Statuts ſont plutôt énonciatifs d'une habilité déja acquiſe, que diſpoſitifs, & ils ſont partie des diſpoſitions perſonnelles univerſelles, au premier, ou au ſecond dégré. Par exemple, ce Statut, *l'homme majeur peut diſpoſer de ſes propres*, n'habilite pas le majeur, quant aux propres, mais explique les ſuites & les prérogatives de l'état de l'homme majeur; ce qui a lieu, encore même que le Statut eût un objet réel plus limité; par exemple, *l'homme majeur peut diſpoſer entre vifs du tiers de ſes propres ſeulement :* car quant à ce tiers, le Statut eſt la ſuite & l'effet de la majorité, & il ne devient réel que dans la partie qui contient, ſoit expreſſément, ſoit tacitement une négation de pouvoir diſpoſer au-delà du tiers; au lieu que les Statuts perſonnels réels ne ſont pas énonciatifs, mais diſpoſitifs. Ils habilitent pour une choſe ceux qui en ſont d'ailleurs incapables par état, & par conſéquent ces Statuts ne peuvent jamais s'adreſſer qu'à des incapables par état, d'où il ſuit qu'ils ſont tous permiſſifs & affirmatifs, & nullement négatifs.

En effet, ſi ces Statuts particuliers perſonnels réels étoient négatifs, ils s'adreſſeroient, ou à des capables par état, ou à des incapables par état.

On ne peut pas dire, 1°, qu'ils pourroient s'adreſſer à des

capables par état : car étant perſonnels, il faudroit qu'ils affectaſſent la perſonne ; & étant négatifs, ils l'affecteroient en la rendant perſonnellement incapable. Or dès que nous ſuppoſons la perſonne capable par état, l'incapacité qui proviendroit d'un Statut particulier réel négatif, ne pourroit jamais être perſonnelle ; ces ſortes d'incapacités réelles particulieres adreſſées à des perſonnes capables, ne touchent pas à l'état de la perſonne, & ne concernent que la choſe réelle.

On ne peut pas dire que ces Statuts négatifs pourroient s'adreſſer à des incapables par état : car les perſonnes étant telles par état, les Statuts particuliers négatifs ſeroient plutôt énonciatifs de l'incapacité de l'état, que diſpoſitifs de cette incapacité. Par exemple, ce Statut, *le mineur ne peut diſpoſer entrevifs de ſes propres*, diſpoſe des propres, c'eſt-à dire de choſes réelles par une prohibition & négation particuliere ; mais ce Statut n'eſt pas particulier perſonnel réel. Il n'eſt pas perſonnel, parce que ce Statut n'affecte pas le mineur qui, avant le Statut, & indépendamment du Statut, eſt déja affecté par une incapacité d'état ; en ſorte que cette défenſe de diſpoſer des propres, ne rend pas le mineur incapable d'en diſpoſer, mais déclare ſon incapacité qui eſt préexiſtante. Elle ne l'opere pas, elle la préſuppoſe. Il n'eſt pas particulier, quoique conçu en termes particuliers, parce que la défenſe y portée n'eſt que la ſuite, la dépendance & l'effet conſéquent d'un Statut perſonnel univerſel. *Voyez l'Obſerv.* 5^e^.

M. le P. Bouhier obſerve, *ch.* 21, *n.* 81, comme d'après nos Auteurs, qu'au rang des Statuts prohibitifs, il faut mettre tous ceux qui ſont réels, & en marge on lit ces mots : *Pourquoi les Statuts réels ſont regardés comme prohibitifs.* J'ai de la peine à gouter ces deux propoſitions.

En effet, ce Statut, *le mineur ne peut vendre, ni aliéner ſes immeubles*, eſt un Statut prohibitif, & il n'eſt pas réel. Cet autre de la Coutume de Montfort, *le douaire de la femme, ſoit coutumier, ou préfix, n'eſt que viager*, eſt réel, & n'eſt pas prohibitif.

Les Statuts prohibitifs ſont ceux qui prohibent & défendent à l'homme de faire quelque choſe. Or, ces prohibitions ſont adreſſées, ou à des capables, ou à des incapables par état : ſi elles ſont adreſſées à des capables, le Statut prohibitif n'eſt pas toujours réel, il ne l'eſt que quand la choſe défendue

eſt

eſt réelle ; & ſi la choſe eſt perſonnelle, le Statut eſt perſonnel.

Que ſi les prohibitions ſont adreſſées à des incapables par état, elles ne ſauroient être réelles ; mais elles ſont perſonnelles, non pas perſonnelles particulieres, mais les ſuites & les conſéquences de l'état & de la condition de la perſonne.

Mais revenons à ce que dit notre Auteur en ce Chapitre : il prouve que les Statuts qui prohibent, ou permettent certains actes perſonnels, ſont perſonnels, & s'étendent par-tout.

En effet, les engagements perſonnels adherent à la perſonne, *ſicut lepra cuti*, diſent nos Auteurs.

Si cela eſt, il faut néceſſairement que la perſonne porte avec elle, en tous Lieux, les capacités, ou incapacités dont ſa perſonne eſt affectée pour ces ſortes d'actes.

Ce qu'il y a même à obſerver par rapport aux capacités, ou incapacités de s'obliger perſonnellement, eſt qu'elles ne peuvent dépendre que de la Loi du domicile de la perſonne, enſorte que la validité, ou invalidité des obligations en elles-mêmes, ne ſe reglent pas par le Statut réel de la ſituation des biens ; c'eſt-à-dire, que le Statut réel de la ſituation ne ſauroit empêcher que la perſonne ne ſoit obligée quand elle l'eſt valablement, ni faire qu'elle le ſoit, quand elle ne l'eſt pas, ſuivant la Loi de ſon domicile.

Il eſt vrai que la Coutume de la ſituation des biens peut s'oppoſer par une diſpoſition réelle, à ce que l'obligation perſonnelle s'exécute ſur certains biens. C'eſt ainſi que la Coutume de Normandie ne permet pas que le cautionnement fait par une femme domiciliée à Paris, ſoit exécuté ſur les biens de Normandie appartenants à la femme, & cela à cauſe des Articles 539, 540, 542, qui ſont réels ; mais les Juges de Normandie ne pourroient pas déclarer l'obligation de cette femme nulle, & nullement contractée, purement & ſimplement, parce que le *vinculum* de l'obligation, quant à la capacité, ne dépend que de la Loi du domicile.

Notre Auteur, en convenant que les Statuts qui ne reglent que de certains actes perſonnels, ſont perſonnels, & comme tels s'étendent par-tout, en ce que ces Statuts concernent l'état de la perſonne, en auroit pu faire l'application au Sénatuſconſulte Velleien, qui n'a pour objet que les cautionnements ; mais il l'a fait à un Statut qui défend de contracter en géné-

ral. Cependant il me paroîtroit qu'une pareille défense ne régleroit pas simplement certains actes personnels, mais bien l'universalité de la personne : car celle qui ne peut pas contracter *quoquomodo*, ne peut, ni obliger sa personne, ni aliéner ses biens; & cela est d'autant plus vrai dans les principes de notre Auteur, qu'il n'estime pas, comme Burgundus, que celui qui ne peut pas s'obliger, puisse néanmoins valablement s'exproprier de ses biens.

Ainsi une défense de contracter, *quoquomodo*, emporte une incapacité générale d'état & de condition qui embrasse, comme nous venons de le dire, l'universalité de la personne, & qui réfléchit sur les biens.

Mais si une Loi, au lieu de défendre, permettoit au contraire de contracter, il faudroit examiner à qui la permission est accordée. Si à un majeur, cette permission appartient à son état, & elle n'est que déclarative de cet état. Elle en est la suite & la conséquence, & elle participera à toutes les prérogatives de cet état général. Si la permission est adressée à un mineur, je ne conçois pas bien comment il pourroit y avoir un tel Statut (subsistant l'état de minorité), & je ne l'appliquerois qu'à une simple administration, à moins que par Lettres du Prince, il n'eût obtenu une émancipation *ad hoc*, pour faire toutes sortes de contrats, comme dit notre Auteur; mais ces sortes d'émancipations, qui excéderoient une simple administration, ne sont pas de nos mœurs, quoique j'aie trouvé dans Chopin, en quelque endroit, sur Anjou, *liv.* 1, *ch.* 4, *n.* 6, une expression qui pourroit faire croire le contraire, *Litteris Regiis major factus*.

Ainsi ce que notre Auteur enseigne ici que les Statuts qui ne reglent que de certains actes, ne laissent pas que d'être personnels, quand ces actes sont personnels, & qu'ils s'étendent par-tout, comme donnant un état à la personne, se vérifie dans la permission que peut obtenir un mineur de contracter certains engagements.

Hertius, *de Statutis, sect.* 4, *n.* 61, propose l'espece d'un Statut qui déclare nul le cautionnement d'un mari sans le consentement de sa femme; il demande si ce Statut est personnel, & il résout que ce Statut *personam non afficit*, & que les Statuts personnels sont ceux qui affectent les personnes, *absque ulla consideratione rerum.*

Je ne ſaurois admettre cette déciſion : le cautionnement eſt, à la vérité, un acte particulier : celui qui par une Loi limitée, ne peut pas cautionner, pourra contracter tous autres engagements perſonnels ; mais cela n'empêche pas que cet acte prohibé ne ſoit perſonnel en ſoi, & qu'une perſonne prohibée de le faire, ne ſoit vraiment affectée d'une incapacité perſonnelle, puiſque en cette partie elle ne ſauroit engager ſa perſonne ; ainſi je ne ſaurois ſouſcrire à l'avis de Hertius.

En vain m'oppoſeroit-on que la prohibition de cautionner, dont parle Hertius, n'eſt faite que ſous une modification qui rend le Statut réel ; car qu'il y ait modification ou non, elle eſt toujours oppoſée à un acte pur perſonnel. La modification ne détruit pas l'eſſence & la nature de l'acte ; elle le gêne en cette partie ; il eſt toujours acte perſonnel ; ce qui rend néceſſairement le Statut perſonnel.

Et delà l'on voit qu'il ne faut pas des volumes pour décider la queſtion de ſavoir ſi le Sénatuſconſulte Velleien eſt un Statut perſonnel, ou s'il eſt réel. La queſtion ſe tranche en un mot. Ce Statut défend les engagements que les filles, femmes & veuves pourroient contracter pour autrui. Ce Statut défend des engagements qui adherent à la perſonne, *ſicut lepra cuti*, & par conſéquent ces Statuts ſont purement perſonnels. *Lex præſcripta perſonæ, perſonalia dirigit negotia. Burg. tract.* 1, *n.* 11 *&* 12.

Si le Sénatuſconſulte Velleien eſt un Statut perſonnel, il n'y aura que la femme qui ſe trouvera domiciliée ſous cette Loi, qui en pourra être affectée ; parce qu'il n'y a que la Loi du domicile qui ait droit ſur la perſonne du domicilié.

La femme affectée par ce Statut, portera ſon incapacité par-tout, en quelque endroit qu'elle puiſſe ſe trouver ; étant de principe que les Statuts purs perſonnels affectent les perſonnes, & qu'elles ſont par-tout ce qu'elles ſont dans le lieu de leur domicile.

Delà il s'enſuivra que la femme domiciliée dans un lieu où le Sénatuſconſute Velleien eſt obſervé, n'a pas pu par ſon interceſſion affecter les biens qu'elle a dans les endroits où ce Sénatuſconſulte Velleien n'eſt point en vigueur, parce que l'hypotheque & l'engagement des biens n'eſt que la ſuite, l'acceſſoire & la dépendance de l'engagement de la perſonne, & que la perſonne n'étant tenue d'aucun engagement perſon-

nel, ses biens ne sauroient être affectés pour raison d'un engagement contracté nullement, ou plutôt pour raison d'un engagement qui n'en est pas un. L'accessoire ne sauroit subsister sans le principal.

Par le même principe, si la femme est domiciliée dans un endroit où le Sénatusconsulte Velleien n'est point observé, elle pourra par son interceſſion, si d'ailleurs quelque Statut réel ne l'en empêche, engager les biens qu'elle a situés en Coutumes & Pays, où le Sénatusconsulte Velleien s'observe, parce que son engagement est valable; les hypotheques qui en sont les accessoires, le sont pareillement : dans le concours de deux Statuts personnels opposés, la regle est que celui du domicile l'emporte sur celui de la situation, & la raison en est que la personne n'étant, quant à ses capacités ou incapacités personnelles, soumise qu'à la Loi de son domicile, la Loi de la situation n'agissant pas sur sa personne, elle est dans le lieu de la situation, ce qu'elle est dans le lieu du domicile, & que la Loi de la situation est quant à ce, impuissante & sans autorité sur sa personne.

Par conséquent la femme qui a pu intercéder, porte dans le lieu de la situation de ses biens (la Loi en fût-elle réelle & prohibitive) une interceſſion valable dont le Juge de la situation ne pourroit ordonner la nullité purement & simplement, parce qu'il n'a pas droit sur la personne, & qu'il ne pourroit, & ne peut pas toucher à son état sur lequel il n'a, ni autorité, ni juriſdiction.

Nous venons de dire que dans le concours de deux Statuts personnels, le Statut personnel du domicile doit l'emporter sur le Statut personnel de la situation, & nous avons ajouté; si d'ailleurs quelque Statut réel n'en empêche; & c'est ce qui est bien à remarquer : car si le Statut personnel du domicile concouroit avec un Statut réel de la situation, tels que sont les *art.* 539, 540, 542, de la Coutume de Normandie, pour lors le Statut personnel cede au Statut réel, parce que ce dernier Statut commande directement aux choses qui lui sont soumises, & a droit de leur commander, & d'en régler le sort & la destination.

C'est ce qui a été jugé par Arrêt du 12 Juin 1717, rapporté au sixieme tome du Journ. des Audiences, sur lequel néanmoins nous ferons dans un instant quelques réflexions, pour en faire connoître toute l'économie.

Si, au contraire, on décidoit que le Sénatuſconſulte Velleien fût un Statut réel; il ſeroit, à la vérité, renfermé dans l'étendue de ſa domination, c'eſt là ſeulement où il agiroit ſouverainement; mais il agiroit ſur la femme non-domiciliée comme ſur celle qui le ſeroit, de ſorte que le cautionnement de la femme ne ſeroit rejetté qu'autant qu'il ſeroit à exécuter dans les Coutumes de prohibition, & le cautionnement d'une femme, en quelque endroit qu'elle fût domiciliée, fût-il un lieu de prohibition, s'exécuteroit dans tous les autres endroits libres, & où le Sénatuſconſulte Velleien n'a pas lieu.

Ainſi il faut bien diſtinguer entre le Statut qui commande aux choſes directement, *primario & per ſe*, comme diſent nos Auteurs, & le Statut qui commande directement aux perſonnes, & par conſéquence ſeulement aux choſes à cauſe du droit qu'il a ſur la perſonne, & reſpectivement à l'état & condition dont elle eſt.

Au premier cas ce Statut eſt réel, & ne cede à aucun autre Statut, parce qu'il eſt ſouverain dans ſes Etats, & qu'une Loi étrangere n'eſt pas en droit de meſurer ſes forces avec celles de ce Statut. Elle doit baiſſer pavillon, & reſpecter la domination d'autrui, comme elle veut qu'on reſpecte la ſienne.

Mais au ſecond cas, le Statut eſt perſonnel, & le Statut perſonnel de la ſituation doit céder au Statut perſonnel du domicile, & cela, non pas que l'un ait droit de commander à l'autre; mais par une néceſſité de bien commun & de réciprocité avantageuſe, en ce que chaque Statut conſerve autorité ſur ſes ſujets, & que cette autorité ſeroit bien peu de choſe, ſi l'homme qui eſt né pour ſe mouvoir, & pour parcourir cette terre que Dieu lui a donnée, pouvoit ainſi ſe ſouſtraire aux Loix légitimes qui gouvernent ſa perſonne, & auxquelles par ſpécialité il eſt ſoumis. Les Souverains n'auroient pour Sujets que gens du haſard; leur autorité ne réſideroit jamais ſûr une tête fixe; elle ſeroit même fort imparfaite, puiſque la perſonne ſujette ſeroit ſoumiſe à autant de maîtres, qu'elle auroit de biens répandus dans différentes Juriſdictions.

Nous venons de faire voir les différents effets du Sénatuſconſulte Velleien, en le ſuppoſant perſonnel, ou en le ſuppoſant réel. Nous le ſuppoſons donc perſonnel; mais cette queſtion mérite d'être traitée un peu plus amplement.

M. Froland a nommément agité qu'elle pouvoit être la na-

ture de ce Sénatuſconſute : il traite cette queſtion pour & contre, en ſes Mémoires ſur le Sénatuſconſulte Velleien, Chap. 11. On ne ſera peut-être pas mécontent que je trace en peu de mots ce qu'il allegue de part & d'autre.

Pour ſoutenir que le Sénatuſconſulte Velleien eſt réel, M. Froland oppoſe d'abord que les Coutumes ſont réelles, & qu'il eſt en leur pouvoir de régir les immeubles qui ſont ſitués dans leur reſſort, & il tire ſes preuves des partages, des donations entre vifs, ou teſtamentaires, des douaires, des droits de viduité, du droit de puiſſance paternelle, du droit de garde, de confiſcation, de preſcription, de retrait, &c. Dans tous ces cas, c'eſt la Loi de la ſituation qu'il faut ſuivre.

En effet, ajoute-t-il, ſelon d'Argentré, il n'y a de Statuts perſonnels que ceux qui reglent univerſellement la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle. Et M. Ch. du Molin nous aſſure que *ſi Statutum agit in rem, ſemper inſpicitur locus ubi res ſita eſt.*

Ce que dit Burgundus, *tract.* 1, *n.* 21, autoriſe cette déciſion ; c'eſt toujours M. Froland qui parle : il prétend que le Statut qui veut que la femme en puiſſance de mari, ne puiſſe contracter, ni aliéner ſans autoriſation, eſt un Statut réel dans la partie qui concerne les immeubles.

C'eſt ſur le fondement de ces principes, qu'il a été jugé que le Statut qui fait défenſe aux Conjoints de ſe donner, eſt un Statut réel.

Par la même raiſon, il a été jugé que des obligations contractées par des femmes domiciliées ſous des Coutumes libres, ne pouvoient s'exécuter ſur des biens ſitués en Normandie.

Pour ſoutenir, au contraire, que le Sénatuſconſulte Velleien eſt un Statut perſonnel, M. Froland remarque que quand il s'agit d'un contrat, il faut examiner la qualité de la perſonne qui l'a fait, laquelle qualité ſe regle par la Loi du domicile.

Que Burgundus l'a penſé de même, loſqu'il a dit après Immola & Paulus Caſtrenſis, que celui qui eſt incapable dans un lieu, eſt cenſé incapable dans un autre. Ce qui doit s'entendre de la capacité ou incapacité qui procede du Statut perſonnel, & qui a ſon terme vers les actes purs perſonnels ; *quæ à Statuto perſonali procedit, & ad actus perſonales dirigitur, tract.* 1, *n.* 8, 21 & 34.

C'eſt par la force de ces principes que le mineur dans le lieu de ſon domicile, ne peut vendre les biens qu'il auroit dans un lieu où il ſeroit réputé majeur, *& vice verſâ*, que le majeur par la Loi de ſon domicile, pourroit vendre les biens qu'il auroit dans un lieu où il ſeroit réputé mineur. C'eſt là la déciſion de Ricard, ſur *l'art.* 155, de la Coutume de Senlis.

C'eſt encore ainſi qu'une femme domiciliée dans un lieu, où elle peut teſter ſans l'autorité de ſon mari, peut teſter valablement des biens ſitués dans une Coutume où l'autoriſation eſt requiſe.

C'eſt encore par la force des mêmes principes que le Parlement de Paris, qui eſtime que la néceſſité de ſurvivre trois mois pour la validité d'un Teſtament, appartient à la capacité perſonnelle, a jugé que le domicilié à Paris, où la ſurvie de trois mois n'eſt point requiſe, pouvoit diſpoſer des biens ſitués en Normandie qui exige cette ſurvie.

Après toutes ces raiſons alléguées pour & contre, M. Froland obſerve que la derniere opinion qui eſt pour la perſonnalité du Sénatuſconſulte Velleien a prévalu, tant au Parlement de Rouen, qu'au Parlement de Paris, & il en rapporte pluſieurs Arrêts. Il en eſt intervenu un dernier le 23 Mai 1729, que j'ai rapporté à la queſtion 16 de mes Diſſertations, ſur les queſtions qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes.

Avouons-le de bonne-foi; cette queſtion qui paroît embarraſſée & difficile par les différentes raiſons alléguées de part & d'autre, peut devenir très-ſimple, quand on l'enviſagera dans ſes véritables principes.

Le Sénatuſconſulte Velleien interdit aux filles, femmes & veuves le pouvoir d'intercéder pour autrui: l'interceſſion n'eſt autre choſe qu'un engagement perſonnel; c'eſt donc un acte pur perſonnel qui leur eſt interdit. Or quelle eſt la Loi qui régit la perſonne, & qui eſt en droit de régler ſes capacités, ou incapacités pures perſonnelles? Certainement c'eſt la Loi du domicile.

Inutile d'oppoſer que dans un engagement & une interceſſion, il y a deux choſes. L'obligation de la perſonne, & l'hypotheque ſur les biens de la perſonne. A la bonne heure, dira-t-on, que la perſonne ne ſoit point obligée, puiſque la Loi du domicile ne le veut pas. Mais à l'égard des biens, comme c'eſt

la Loi de la situation qui les régit, pourquoi ne vouloir pas qu'ils aient pu être obligés, affectés & hypothéqués conformément à la Loi de la situation?

Ainsi, ajoutera-t-on, la personne ne sera pas obligée; mais les biens pourront l'être, parce que la Loi du domicile commande à la personne, mais ne commande pas aux choses qui sont situées hors de son territoire.

C'est dans ce sens que Burgundus a estimé que le Statut qui défend à la femme de contracter & d'aliéner, étoit un Statut mixte personnel dans la partie qui regarde les engagements, & réel dans la partie qui regarde les aliénations.

La réponse à cette objection est bien simple. L'hypotheque sur les biens d'une personne, n'est que la suite & l'accessoire de l'obligation personnelle; comment veut-on que l'hypotheque subsiste, quand l'obligation n'est nullement contractée? Ce seroit faire valoir l'accessoire dans le temps que le principal ne sauroit subsister; ce qui est contre tous les principes.

Donc pour savoir si l'obligation de la femme est bonne & valable, il ne faut consulter que la capacité de la femme dans le lieu de son domicile. Si elle est capable, elle portera cette capacité par-tout, avec tous les accessoires de cette capacité; & réciproquement si elle est incapable, elle portera son incapacité par-tout, sans que dans quelque endroit que ce puisse être, son obligation nulle en soi, puisse jamais opérer le moindre effet.

Nous disons que l'obligation nulle ne peut opérer le moindre effet, parce qu'effectivement, *quod nullum est, nullum producit effectum;* mais il ne s'ensuit pas delà qu'une obligation valable aura effet généralement par-tout & en tous lieux, parce qu'il peut fort bien arriver que dans certains endroits, il y ait des Statuts réels qui s'oppose nt à l'exécution de ces obligations, quoique valables en elles-mêmes; & c'est à cette occasion qu'il faut se rappeller ce que nous venons de dire présentement de la concurrence de deux Statuts, qui tous les deux sont personnels, & de celle de deux Statuts, dont l'un est personnel & l'autre réel. Au premier cas, le Statut du domicile l'emporte; au second cas, c'est celui de la situation.

Il ne faut pas s'y tromper : le Sénatusconsulte Velleien interdit, à la vérité, l'interceſſion des filles, femmes & veuves; mais

mais tous les engagements qu'elles peuvent contracter avec autrui & pour autrui, ne sont pas des interceſſions prohibées: c'eſt la raiſon pour laquelle dans les Pays Coutumiers qui admettent la communauté entre conjoints, & dans ceux qui en outre admettroient le Sénatuſconſulte Velleien, les engagements qu'une femme contracte ſolidairement avec ſon mari, au profit d'un tiers, ne ſont pas regardés comme des interceſſions prohibées, encore même que par la ſuite elle renonce à la communauté, parce que *initio inſpecto*, elle s'eſt obligée *in rem communem, & in tuitionem, vel augmentum ſocietatis communis. V. Mol. contract. uſurar. n.* 291 *&* 292; ce qui eſt conforme même à l'authentique *ſi qua mulier, C. ad Senatuſconſ. Vellei. ſi manifeſtè probatur quod pecuniæ in propriam ipſius mulieris utilitatem expenſæ ſunt.* Ce qui peut juſtement s'appliquer à une femme qui eſt en communauté de biens, & qui s'oblige avec ſon mari.

Ce n'eſt pas encore intercéder de la part d'une femme, que de renoncer, en faveur d'un tiers, à quelques hypotheques qu'elle auroit ſur le bien de ſon mari, parce que cette remiſe d'hypotheques ne produit au profit de ce tiers, aucune action contre elle; il en ſeroit de même dans les principes du Droit Romain, ſi la remiſe étoit faite au mari. *L.* 11 *&* 21. *C. ad Senatuſconſ. Vellei.* & ſi la femme étoit ſurpriſe, ce ſeroit par la voie de reſciſion, ou par une autre voie qu'elle devroit ſe pourvoir, & non en vertu du Sénatuſconſulte Velleien; mais en Pays Coutumier, cette remiſe faite au mari, paſſeroit pour un avantage prohibé par les Loix.

La remiſe d'hypotheque de la part d'une femme, au profit d'un tiers, eſt encore autoriſée, ſi le bien que la femme décharge de ſes hypotheques, eſt un conquêt de la communauté: car dans ce cas le mari ayant pu ne pas acquérir ce conquêt, il paroît aſſez convenable que, du conſentement de ſa femme, il puiſſe le rendre libre des hypotheques des conventions de ſa femme. C'eſt un acte de ſociété.

Je ne conſidere pas même, pour la déciſion de cette queſtion, ſi la femme eſt domiciliée, ou non, en un Lieu où le Sénatuſconſulte Velleien eſt admis, parce que ce n'eſt pas ici une interceſſion, & la décharge que donneroit la femme, auroit infailliblement lieu, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation

du bien déchargé, ne s'opposât à cette décharge par quelque disposition réelle.

Nous avons ci-devant cité un Arrêt du 12 Juin 1717: cet Arrêt a jugé qu'une femme originaire de Paris, domiciliée à Paris, & mariée suivant la Coutume de Paris, n'avoit pu hypothéquer les Domaines qu'elle possédoit en Normandie.

Dans cette affaire on alléguoit que le mari avoit des biens suffisamment pour indemniser la femme de son cautionnement, & l'on n'eut pas d'égard à cette exception, quoique nommément écrite dans la Coutume pour le cas de la vente, *art.* 539, 540 & 542; ce qui fait voir que le Parlement a jugé que cette exception recevable en la Coutume de Normandie, dans le cas d'aliénation des héritages & biens-fonds de la femme, n'a pas lieu dans le cas de l'interceſſion; & voici quelles sont mes réflexions à cette occasion.

Il y a dans la Coutume de Normandie deux Loix: l'une qui est le Sénatusconsulte Velleien, qui regarde l'interceſſion des femmes; & l'autre qui est la Loi *Julia*, qui regarde l'aliénation de leurs biens dotaux. Enfin il y en a encore une troisieme portée en *l'art.* 542, qui regarde l'aliénation des autres biens immeubles des femmes, autres que leurs dots, & qui leur appartiennent par succeſſion, donation, acquisition, ou autrement.

Si dans la Coutume de Normandie, il n'y avoit pour Loi que le Sénatusconsulte Velleien, pour prévenir la facilité que les femmes auroient à s'obliger pour autrui & leur ignorance en affaires, & prétendant aller au-devant des surprises, je suis persuadé qu'une femme de Paris pourroit par son interceſſion obliger les biens de Normandie; il n'y auroit du concours qu'entre deux Statuts personnels.

Si dans la même Coutume, il n'y avoit avec cette Loi que la Loi *Julia*, cette Loi réelle n'affecteroit que les biens dotaux qui y seroient situés, & la femme Parisienne auroit pu engager les biens non dotaux.

C'est ainsi que par la Loi 22, *C. ad S. C. V.* la femme par son interceſſion ratifiée après deux ans, pouvoit affecter ses biens paraphernaux; mais dans la Coutume de Normandie, il y a une troisieme Loi qui regarde l'aliénation des biens mêmes non dotaux: voilà une Loi réelle, qui avec la Loi *Julia*

fait que la femme ne peut perdre aucuns de ſes biens immeubles, quelle que ſoit l'aliénation, attendu l'action ſubſidiaire qu'a la femme contre les détenteurs; mais cette action n'a lieu qu'en cas d'inſuffiſance des biens du mari, & j'ignore la raiſon du jugé de l'Arrêt.

En effet, la Coutume de Normandie ſemble avoir emprunté ſes diſpoſitions du Droit Romain, corrigé & adouci par la Nov. 61.

Premiérement, elle admet le Sénatuſconſulte Velleien.

Secondement, elle admet la Loi *Julia*, en ce qui regarde les biens dotaux; elle a pouſſé la prévoyance juſques aux biens non dotaux; la Coutume veut, en ce qui regarde l'aliénation des biens, que le mari ait des biens ſuffiſants pour répondre du prix: eſt-il croyable dans ces circonſtances qu'elle n'ait pas adopté la même Nov. en ce qui regarde les interceſſions, & qu'elle ait pouſſé les choſes au-delà même de la Nov. dans le temps que l'on voit qu'elle s'eſt modelée ſur cette Nov. en ce qui concerne l'aliénation de tous les biens immeubles de la femme?

D'ailleurs, il faut néceſſairement que dans la Coutume de Normandie, il y ait une Loi réelle pour empêcher que l'interceſſion d'une femme Pariſienne n'ait pas ſon exécution ſur les biens de Normandie: car s'il n'y avoit que le Sénatuſconſulte Velleien, en ce cas la Loi perſonnelle de Paris, en concours avec la Loi perſonnelle de Normandie, devroit, ſuivant les principes fondamentaux de cette matiere, l'emporter ſur cette derniere, comme tous nos Auteurs en conviennent, & comme nous l'avons dit en vingt endroits.

Or, l'on ne trouve point dans cette Coutume d'autre Loi réelle, que celle qui défend d'aliéner les immeubles de la femme; mais elle y met une exception: *ſi ce n'eſt en cas de ſolvabilité du mari:* ôtez cette Loi, il n'y en a plus d'autre, & il ne reſtera que la Loi perſonnelle; mais la défenſe d'hypothéquer par des interceſſions, n'eſt-elle pas renfermée dans celle d'aliéner? l'hypotheque n'eſt-elle pas une ſorte d'aliénation?

Donc pour empêcher l'hypotheque d'une interceſſion valable, il faut recourir aux Loix réelles de l'aliénation des biens de la femme; mais on ne peut les diviſer, il faut en admettre les modifications.

Ainſi il ſembloit néceſſaire, ſuivant l'expoſé de la queſtion, d'admettre l'exception de la ſolvabilité du mari.

Cependant l'Arrêt de 1717 a adopté le ſyſtême contraire, puiſqu'il a déclaré que les engagements d'une femme domiciliée à Paris, ne pouvoient pas être exécutés ſur les biens de Normandie, ſans avoir égard à l'exception des biens ſuffiſants du mari.

Je ne puis pas croire que la queſtion n'ait été ſuffiſamment développée & défendue; ainſi il ſembleroit par cet Arrêt que la Cour a diſtingué l'aliénation d'avec la ſimple hypotheque cauſée pour cautionnement: l'aliénation eſt permiſe ſous certaines conditions; mais l'hypotheque pour cautionnement eſt indiſtinctement & pour tous les cas défendue ſur les biens de Normandie; mais attendons ſur cette queſtion une confirmation de juriſprudence. *Voyez l'Obſerv. 16.*

## OBSERVATION XIV.

RODENBURGH dit en cet endroit que le Statut qui défend de contracter, conſtitue la perſonne dans une impuiſſance d'état & de condition, en ce que le commerce des affaires lui étant interdit, il eſt ſoumis à l'autorité d'un autre qui gere & adminiſtre ſes biens; que par conſéquent il faut que ce Statut s'étende par-tout.

Pour bien entendre ce que dit ici notre Auteur, il faut ſe reſſouvenir qu'il diſtribue les Statuts en trois claſſes, *aut Statutum diſponit ſimpliciter de perſonis, aut ſolummodo de rebus, aut conjunctim de utriſque*, & qu'à l'égard de cette troiſieme claſſe qui renferme les Statuts qui dirigent ce que la perſonne peut ou ne peut pas, par rapport à certains actes, il diſtingue ſi ces actes ſont la ſuite & la dépendance de l'état de la perſonne, ou encore s'ils attaquent & changent l'état de la perſonne ou non.

Au premier cas, les Statuts ſont perſonnels.

Au ſecond cas, il faut examiner quelle eſt la nature de l'acte qui fait l'objet du Statut. S'il eſt réel, le Statut eſt réel; s'il eſt perſonnel, le Statut eſt perſonnel.

C'eſt en conſéquence de ce plan général qu'il décide ici,

que le Statut qui défend à une perſonne de faire aucuns contrats, eſt un Statut perſonnel, parce que par ſon état, il eſt ſous l'autorité d'un autre.

Hertius *de Colliſione Legum, ſect.* 4, *n.* 5, contredit expreſſément cet endroit de Rodenburgh, & il prétend que cette déciſion ne ſauroit être admiſe, *admitti nequit*, & que Rodenburgh avoit parlé bien plus juſte, lorſque, *art.* 1, *chap.* 2, il avoit défini le Statut perſonnel, celui qui regle l'état univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toutes choſes. *Rectius dixerat, Statuta perſonalia eſſe, quando univerſus perſonæ ſtatus, aut conditio in diſpoſitione Statuti vertitur citra ullam rerum adjectionem, adeoque de perſonis agitur in abſtracto abſque ulla conſideratione rerum.*

Il ne faut point être ſurpris de ce contredit. Hertius eſt du nombre de ces Auteurs, qui eſtiment avec Burgundus, que dès que dans un Statut il eſt parlé des biens, & que ce Statut en diſpoſe en quelque maniere que ce ſoit, ce Statut eſt abſolument réel.

Il ſemble même que Hertius pouſſe le ſyſtême au-delà de Burgundus : car ce dernier n'exige pas que le Statut, pour être perſonnel, regle univerſellement la perſonne, abſtraction faite de toute autre choſe, & il convient volontiers que le Statut qui ne dirige que quelques actes, eſt néanmoins perſonnel. *Statutorum duo ſunt genera, perſonalia quæ duntaxat perſonas dirigunt, tract.* 1, *n.* 1, *& quæ de jure, & conditione ſeu qualitate perſonæ diſponunt, n.* 4 : *proinde ut ſciamus habilis ſit perſona, vel inhabilis ad aliquem actum, imprimis conſideranda res erit cui applicatur, nempe ſi perſonalis fuerit, ut hoc caſu habilitatem ejus à Statuto perſonali metiamur, n.* 6.

C'eſt la raiſon pour laquelle Burgundus convient que ſi celui qui eſt mineur dans le lieu de ſon domicile, avoit vendu un bien ſitué dans une Coutume, où il ſeroit majeur, il ne pourroit pas être contraint par action à faire l'expropriation de la choſe vendue, parce que l'action en recours, ne pourroit être que perſonnelle, & la perſonne prohibée de contracter eſt dans une incapacité perſonnelle qui ſe porte par-tout; *quia res cui inhabilitas applicatur eſt perſonalis, & à Statuto perſonali debet metiri.* Mais s'agiſſant de ſavoir ſi du moins l'expropriation qu'auroit fait le mineur du fonds ne ſeroit pas valable, Burgundus pour ce cas où la choſe *cui habilitas applicatur, eſt*

*realis*, se retranche sur la réalité, pour autoriser l'expropriation que le mineur auroit faite volontairement.

On ne voit donc pas sur quoi peut être fondée la critique de Hertius, sur cet endroit particulier de notre Auteur, si ce n'est que Hertius veuille qu'il n'y ait de Statuts personnels, que ceux qui reglent l'état universel de la personne; ce qui rendroit réels tous ceux qui ne régleroient que des engagements purs personnels, & qui n'auroient pas trait à l'état universel de la personne; mais cela ne peut se soutenir.

## OBSERVATION XV.

RODENBURGH parle en cet endroit d'un mineur émancipé qui a la faculté d'administrer ses biens, mais qui n'a pas celle de les aliéner. Il dit que la faculté du mineur d'administrer, & son impuissance de contracter, sont personnelles & se portent par-tout; & c'est avec grande raison, puisque la faculté qu'a le mineur de gérer ses biens, est un privilege, ou bénéfice qui lui constitue un état, & qui lui permet certains actes personnels qui ne consistent qu'en simple administration, & qu'il ne conviendroit pas qu'une même personne fût par état légitime administrateur dans un lieu, & que dans un autre il perdît cette administration. C'est pourquoi l'émancipation est constitutive de l'état de la personne, & par conséquent se porte par-tout.

Mais, d'un autre côté, l'incapacité de vendre dans un mineur, vient de sa minorité qui constitue pareillement son état & sa condition, & elle doit aussi se porter par-tout.

Ainsi dans l'exemple d'un mineur émancipé, nous trouvons une même personne dans deux états personnels tout à la fois, & que l'on peut, dans un sens, regarder comme contraires: état de puissance & de capacité pour gérer & administrer simplement; état d'impuissance & d'incapacité pour vendre & aliéner.

C'est ainsi que dans la Coutume de Paris on pourroit regarder la femme comme étant affectée de deux états, soumise & dépendante de l'autorité de son mari pour tous les actes entre vifs; indépendante, & non soumise pour les actes testamentaires. *Ergo in hoc casu, unus idemque homo diversas sustinet personas, & habilis in uno actu, in altero censetur inhabilis.*

# TITRE SECOND,*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

*Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts, dans le cas où les perſonnes n'ont point changé de domicile.*

## CHAPITRE PREMIER.

*De la diverſité du Droit quant aux Statuts perſonnels.*

### SOMMAIRE.

I. *Le mineur domicilié en Hollande, pourra-t-il contracter valablement à Utrecht, s'il ſe trouve avoir l'âge requis en cette Province pour la majorité.*

II. *Le même mineur domicilié en Hollande, pourra-t-il valablement aliéner ſes biens ſitués à Utrecht; & au contraire le domicilié à Utrecht, & qui y eſt majeur, mais qui n'a pas atteint l'âge de majorité requis en Hollande, pourra-t-il aliéner ſes biens ſitués en Hollande. On réfute amplement le ſentiment de Burgundus ſur cette queſtion.*

III. *Si la femme qui, par les Loix de ſon domicile, ne peut, à l'inſu de ſon mari, ni contracter, ni aliéner, pourra faire l'un & l'autre dans un endroit ſujet à d'autres Loix.*

IV. *Si un prodigue qui a été interdit parmi nous, peut valablement contracter, ou aliéner dans un autre endroit.*

NOus avons dit qu'il y a deux ſortes de Statuts, les uns perſonnels & les autres réels; préſentement l'ordre demande que nous examinions à quelle eſpece de ces Statuts doivent ſe rapporter les difficultés qui peuvent ſe préſenter. Nous mettons dans la claſſe des Statuts perſonnels (car c'eſt de ceux-ci dont il faut parler d'abord) toutes les diſpoſitions

de Loix qui reglent l'état & la condition des perſonnes, telles que ſont celles qui ſuivent.

Que celui qui a l'âge de vingt ans accomplis, ſoit majeur.

Que celui qui ſe marie, ſorte de la puiſſance paternelle.

Que les femmes ſoient ſous la puiſſance de leurs maris.

Que les prodigues qui ſont interdits publiquement de l'adminiſtration de leurs biens, ne puiſſent s'obliger, ni contracter avec qui que ce ſoit.

L'effet de ces Statuts & d'autres ſemblables, eſt que la perſonne, en quelque endroit qu'elle ſe tranſporte, eſt tellement affectée par la Loi de ſon domicile, qu'elle porte par-tout l'habilité, ou l'inhabilité que lui donne cette Loi, de maniere que le Statut a ſon effet par-tout. La choſe ſe fera mieux ſentir par des exemples. A Utrecht ceux qui ont l'âge de vingt ans accomplis, ſont majeurs. En Hollande, au contraire, il faut vingt-trois ans auſſi accomplis. Chez les uns & chez les autres la femme mariée ne peut adminiſtrer ſes biens, ſans le conſentement de ſon mari; mais nous avons dans notre Province quelques endroits qui ſe régiſſent par le Droit écrit, où la femme a la libre adminiſtration de ſes biens, & n'eſt pas ſoumiſe à l'autorité de ſon mari. Suppoſons donc qu'un domicilié à Utrecht, qui n'a pas encore vingt-cinq ans, contracte en Hollande, ou, ſi l'on veut, que ce ſoit un Hollandois âgé de vingt ans accomplis, qui contracte à Utrecht, ou qu'une femme de notre Province contracte parmi nous dans un de ces endroits qui ſe trouvera être régi par le Droit écrit, ou que c'en ſoit une domiciliée dans ces endroits régis par le Droit écrit, qui contracte à Utrecht, de quelque maniere que vous poſiez l'eſpece, c'eſt aux contractants de prendre garde quelle eſt la diſpoſition de la Loi du domicile de chacun d'eux, & quelle eſt la qualité & la condition que cette Loi leur donne & leur imprime: (car ce ſont de ces choſes dont tout homme qui contracte avec un autre, doit être pleinement inſtruit). C'eſt pourquoi un Habitant de Hollande, mineur dans le Lieu de ſon domicile, mais majeur à Utrecht, ne contracte pas valablement à Utrecht.

Au contraire l'Habitant d'Utrecht, majeur par la Loi de ſon domicile, contracte valablement en Hollande, encore que cet Habitant d'Utrecht ne fût pas regardé comme maître de ſes droits par les Loix de Hollande, s'il y eût été domicilié. Les femmes

femmes qui, par la Loi de leur domicile, ne peuvent, ni aliéner, ni contracter, ſans l'autoriſation de leurs maris, ne peuvent, en quelque endroit que ce ſoit, s'affranchir de cette incapacité, pendant que les femmes domiciliées dans notre Province, mais dans des endroits ſoumis aux Loix Romaines, peuvent valablement contracter; & d'Argentré & Burgundus, (Auteurs que je nomme ici toujours par préférence), & tous les autres Docteurs ſe trouvent aſſez d'accord entre eux, quand l'habilité de la perſonne eſt appliquée à des actes purs perſonnels, tels que ſont les contrats; mais s'il s'agit d'un acte réel à faire, par la perſonne, comme d'aliénation, ou tranſport d'héritage, Burgundus, en cet endroit, s'écarte de tous les autres, & il nie que les Statuts perſonnels puiſſent s'étendre aux aliénations des biens immeubles qui ſont ſitués ailleurs; enſorte qu'il prétend qu'il ſuffit que celui qui aliene ait les conditions requiſes par la Loi de la ſituation; & en alléguant pluſieurs exemples, il ſoutient, avec confiance, qu'un Citoyen de Gand, mineur, mais qui a vingt ans accomplis, peut valablement ſe dépouiller des Fiefs qui lui appartiennent ſitués dans le Hainaut, parce que cet âge eſt ſuffiſant pour aliéner les Fiefs en Hainaut. *D. tract. n. 7 & ſeq.*

Pareillement qu'une femme qui dans le lieu de ſon domicile, ne peut s'obliger ſans l'autorité de ſon mari, pourra néanmoins ſans cette autorité aliéner ſes fonds ſitués ailleurs, & dans un endroit où cela lui ſera permis, de maniere qu'il ſoutient que ces Statuts ſont mixtes, étant compoſés de Statuts réels & de Statuts perſonnels, de Statuts perſonnels en tant que l'état & la condition de la perſonne ſont à appliquer à des contrats, & de Statuts réels en tant que ce même état & cette même condition ſont à appliquer à des aliénations.

Mais quoique cet Auteur vraiment ſavant ſe donne bien de la peine pour appuyer cette opinion, & qu'il le faſſe avec érudition, je crains qu'il n'ait fait des efforts inutiles: car l'état & la condition de la perſonne dépendant du Juge auquel elle eſt ſoumiſe, à raiſon de ſon domicile, & ce Juge ayant droit de ſtatuer ſur l'habilité de la perſonne, pour tous les actes que l'on appelle civils, ce ſera en vain que Burgundus voudra reſtraindre cette habilité aux actes purs perſonnels, & ruiner dans la partie la plus eſſentielle, la capacité d'état qu'il accorde néanmoins à la perſonne: car les effets réels qui peuvent réſulter

de l'habilité de la personne, sont d'une conséquence infiniment plus grande que les effets purs personnels. Quoi ! un mineur Hollandois sera majeur pour aliéner ses biens situés dans la Province d'Utrecht, & il sera mineur pour ceux de Hollande, & quant à des biens qui sont également des fonds, il sera tout à la fois le maître de les aliéner, & n'en sera plus le maître, de sorte que se transportant dans une Province voisine, il pourra, malgré son Curateur, se dépouiller de la propriété des biens qui y sont situés. Quoi ! l'aliénation qu'il aura faite des biens situés à Utrecht sera bonne, & l'engagement personnel qu'il aura contracté en faisant cette vente, sera nulle. Comme par le droit de notre Province les choses se reglent autrement, & qu'on peut contracter tels engagements personnels qu'on estime nécessaires, par rapport aux choses que l'on a la liberté d'aliéner, nous trouvons qu'il est contre la droite raison, & contre les principes que celui qui n'a pas le pouvoir de contracter, ait néanmoins le pouvoir d'aliéner : car je vous prie : où est la raison de dire que ma femme ( je pourrois employer un autre exemple ) qui par la Loi de notre Pays ne peut s'obliger, puisse aliéner ses biens situés dans les lieux qui observent le Droit écrit ?

Mais il suffit, dit Burgundus, à tout homme qui veut aliéner de se conformer aux Loix du lieu de la situation, parce que personne ne peut imposer de Loix à une chose qui n'est pas sous sa domination ; ce moyen seroit excellent, s'il ne s'agissoit que des solemnités qui doivent accompagner l'aliénation, ou s'il n'étoit question que de Loix particulieres imposées aux choses. Mais l'habilité de la personne qui se mesure par son état, & qui est requise comme premiere condition pour la validité d'un acte, est une affaire pure personnelle, sur laquelle le Juge du domicile doit nécessairement prononcer, & les Loix de Hollande étant différentes de celles d'Utrecht, il est clair qu'il faut envisager les Loix du domicile de chaque Particulier ; c'est pourquoi il ne sera pas permis à un homme qui est interdit pour prodigalité par la Loi de son domicile de s'en aller en Hollande, & de vendre ses biens qui y sont situés. C'est en vain que Burgundus croit pouvoir éluder l'exemple ordinairement allégué en cette matiere, qui est que la qualité du Tuteur s'étend à tous les biens en quelques endroits qu'ils soient situés, comme s'il y avoit une grande

différence à faire entre l'adminiſtration des biens, & les biens en eux-mêmes; que l'adminiſtration des biens fût une fonction pure perſonnelle qui n'eût rien de commun avec la propriété des biens, & qui ne s'étendît qu'aux fruits qui ſont choſes mobiliaires; mais n'eſt-ce pas trop reſſerrer les fonctions du Tuteur, puiſqu'il eſt certain que la vente même des biens d'un mineur, eſt des dépendances de la tutele, & que le mineur ne peut, ni aliéner ſes biens, ni en transférer la poſſeſſion? mais bien le Tuteur qui fait tout, pour & au lieu de ſon mineur avec l'autorité du Juge. C'eſt pourquoi, comme l'adminiſtration du Tuteur comprend auſſi l'aliénation des biens ſitués ailleurs, il s'enſuit néceſſairement que pour l'aliénation d'iceux, il faut obſerver les Loix qui dirigent l'état & la condition du mineur. Enfin, pour n'être pas trop long, dès que Burgundus ôte à un mineur le pouvoir de contracter, & de s'obliger en quelque endroit qu'il puiſſe être, il s'enſuit dès-lors qu'il ne peut aliéner, parce qu'il ne peut y avoir de vente qu'autant que celui qui vend, peut s'obliger à la garantie de la vente, & à mettre l'Acquéreur en poſſeſſion. *L. nunquam* 31, *in principio, ff. de acquir. domin.* Ainſi la Loi s'oppoſant à l'habilité de contracter, il n'eſt pas poſſible d'imaginer, ni titre, ni cauſe ſuffiſante qui puiſſe jamais autoriſer l'aliénation; non pas ſeulement parce que cette aliénation ne produiroit pas contre le vendeur une obligation perſonnelle, pour raiſon des dommages & intérêts en cas d'éviction, comme en convient Burgundus, mais encore parce que le mineur ne pourroit jamais perdre le domaine & la propriété de la choſe, par une ſimple tranſlation qui ſe trouveroit faite ſans cauſe, puiſque nous ſuppoſons qu'il n'auroit pu contracter aucun engagement perſonnel: outre qu'il réſulte du ſentiment de Burgundus, qu'un Hollandois qui ſe tranſportera à Utrecht, aliénera valablement ſes biens, & que s'il paſſe procuration à quelqu'un (voyez un peu quelle bizarrerie, ne s'agiſſant néanmoins que des mêmes biens) à l'effet de vendre en ſon nom, l'aliénation ſera inutile, en ce que la procuration engendre une obligation perſonnelle, & que le mandat n'étant pas valable, l'aliénation ne ſauroit l'être, en ſorte que l'aliénation faite par le mineur lui-même ſera bonne, & qu'elle ſera nulle, étant faite par un fondé de procuration.

Concluons donc de tout ce que nous venons de dire qu'une

femme, qu'un mineur, qu'un prodigue qui dans le lieu de leur domicile ſont ſous la puiſſance d'autrui, ne peuvent jamais ſe ſouſtraire à cette puiſſance, pas même pour la vente des biens ſitués ailleurs, & d'Argentré ſouſcrit à ce ſentiment, *ad art.* 218, *gloſ.* 6, *n.* 46, *verb. ſequitur,* quoiqu'il n'ait pas trop bien d'ailleurs démêlé ce que l'homme capable peut, quant aux actes réels, & quant aux actes perſonnels. Il faut voir encore M. Louet, en ſes Arrêts, *L. C. n.* 42, qui rapporte un Arrêt confirmatif de notre ſentiment en ce qui regarde le prodigue. Voyez Montant notre compatriote, *de tut. cap.* 28, *n.* 40; & par conſéquent il faut dire que les Hollandois, ceux d'Utrecht, & tous autres qui vendent & qui contractent hors leurs domiciles, tirent leur état & leur condition de la Loi de leur domicile, & que c'eſt à cette Loi qu'il faut recourir, en quelques endroits qu'ils vendent, ou qu'ils contractent.

## OBSERVATION XVI.

NOTRE Auteur, dans les Chapitres précédents, nous a donné la diviſion des Statuts, & les effets des uns & des autres. Dans ce Chapitre il établit deux choſes. La premiere, que c'eſt la Loi du domicile qu'il faut ſuivre pour déterminer l'état & la condition de la perſonne; & j'ai traité cette queſtion ſi amplement dans ma Queſtion 6^e^ des démiſſions de biens, page 95, & dans preſque tout le préſent Ouvrage, que j'ai jugé à propos d'y renvoyer. J'ajouterai ſeulement ici que M. le P. Bouhier, *ch.* 4, *n.* 1. de ſon Commentaire, croit que dans mes Diſſertations mixtes, j'ai voulu mettre de la différence, à cet égard, entre la capacité & l'incapacité d'état de la perſonne. Je ne ſais pas où j'aurois pu dans ces Diſſertations, (car il ne cite, ni la Diſſertation, ni la page,) me faire ſoupçonner d'une pareille erreur; mais ce que j'ai dit en ma Queſtion 6^e^ des démiſſions, ne laiſſe aucun doute de ce que j'ai toujours penſé ſur les principes dont eſt queſtion.

La ſeconde maxime que notre Auteur établit, eſt que la perſonne porte ſon état & ſa condition par-tout, & que cet état influe non-ſeulement ſur les actes perſonnels, mais encore ſur les actes réels; c'eſt-à-dire, ſur ceux qui emportent aliénation & expropriation des fonds.

En ſorte que le capable par état dans le lieu de ſon domicile, ſera capable par-tout, non-ſeulement pour s'engager & s'obliger perſonnellement, mais encore pour vendre, donner, échanger & faire telles aliénations qu'il jugera à propos, des biens mêmes qu'il aura ſitués ailleurs, ſans conſidérer ſi la Loi de la ſituation prononce une incapacité d'état; & *vice verſâ* de l'incapable.

Pour faire une juſte application de cette déciſion, il faut obſerver ſoigneuſement qu'il s'agit ici d'une capacité, ou incapacité d'état & de condition, & non pas d'une capacité, ou incapacité particuliere & pure réelle; en ſorte que notre Auteur met en concurrence le Statut perſonnel du domicile & le Statut perſonnel de la ſituation, & que dans cette concurrence le Statut perſonnel du domicile l'emporte ſur le Statut perſonnel de la ſituation.

Mais s'il s'agiſſoit de ſavoir ſi un homme capable & habile par la Loi de ſon domicile, d'une capacité & habilité perſonnelle, peut vendre, donner & aliéner certains biens ſitués dans une Coutume qui le défend par une prohibition pure réelle, & d'une défenſe bornée & particuliere à certains biens & à certains cas, pour lors la capacité du domicile ne ſe portera pas, pour ces biens, dans la Coutume de la ſituation, & le Statut perſonnel cedera au Statut réel.

Par exemple, dans la Coutume de Poitou, *art.* 203, l'on ne peut donner entre vifs, à quelque perſonne que ce ſoit, plus du tiers de ſon héritage, ſinon pour proviſion de corps, nourriture & entretennements de la perſonne.

Il eſt certain que cette diſpoſition de la Coutume de Poitou eſt pure réelle & particuliere, & la preuve en eſt que le majeur a d'ailleurs, dans cette Coutume, la liberté de vendre & aliéner ſes propres, & même de diſpoſer de tous ſes acquêts par donation, ayant des propres.

Ainſi la prohibition Poitevine de diſpoſer entre vifs de plus du tiers de ſes propres, eſt bornée & renfermée dans le ſimple cas de la donation.

Au contraire dans la Coutume de Paris, l'homme majeur peut donner entre vifs généralement tous ſes biens propres, ou acquêts à perſonnes capables, *ſalvâ legitimâ*, s'il a des enfants.

Cela ſuppoſé, un homme majeur domicilié à Paris, a des biens ſitués en Poitou & à Paris, il pourra donner entre vifs tous ſes biens ſitués à Paris; mais il ne pourra donner de ſes propres ſitués en Poitou, que juſqu'à concurrence du tiers; & quant à ce, l'état & condition de la perſonne dans ſon domicile, ne ſauroit influer ſur la Loi de Poitou, qui eſt une Loi réelle & particuliere.

J'ai cru ces principes ſi vrais & ſi conſtants, que dans ma Queſt. 6^e^ des démiſſions de biens, & dans le Diſcours préliminaire de mes Diſſertations qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes, j'en ai formé deux regles.

La premiere eſt que le Statut perſonnel du domicile, & le Statut perſonnel de la ſituation étant en concours, celui du domicile l'emporte ſur celui de la ſituation.

La ſeconde, que le Statut perſonnel du domicile, & le Statut réel de la ſituation étant en concours, le perſonnel cede au réel.

Je compte d'autant plus ſur la vérité & la certitude de ces deux regles, qu'elles ſont approuvées par M. le Préſident Bouhier.

La Loi qui met la femme ſous l'autorité de ſon mari, & qui l'aſſujettit à ſe faire autoriſer pour tous les actes qu'elle veut faire, eſt conſtamment un Statut perſonnel; & notre Auteur, après avoir obſervé, que tant en Hollande, qu'à Utrecht, la femme mariée ne peut adminiſtrer ſes biens, ſans le conſentement de ſon mari, que néanmoins il y a quelques endroits dans la Province d'Utrecht qui ſe régiſſent par le Droit civil, & où la femme a la libre adminiſtration de ſes biens, ſans être ſoumiſe à l'autoriſation de ſon mari, dit que ſi une femme domiciliée à Utrecht, contracte dans un de ces endroits de la Province, régis par le Droit écrit, ou que celle domiciliée dans les endroits régis par le Droit écrit, contracte à Utrecht, ce ſera à ceux qui contractent avec ces femmes, à prendre garde quelle eſt la diſpoſition de la Loi de leur domicile, & que ces femmes demeurant à Utrecht, & qui par la Loi de leur domicile, ne peuvent, ni aliéner, ni contracter, ſans l'autoriſation de leurs maris, ne peuvent, en quelque endroit que ce ſoit, ſecouer cette incapacité, pendant que les femmes domiciliées dans la même Province, mais dans les endroits régis par les Loix Romaines, pourront faire un contrat valable ſans autoriſation.

Nous pouvons faire la même obſervation pour la France, & donner la même déciſion.

Nous avons des Provinces qui ſe reglent par le Droit écrit, & de ces Pays il y en a qui reſſortiſſent au Parlement de Paris, & d'autres qui reſſortiſſent aux Parlements de Toulouſe, d'Aix, de Bordeaux, &c. où la Juriſprudence eſt différente ſur la néceſſité de l'autoriſation.

Dans les Pays de Droit écrit reſſortiſſants au Parlement de Paris, la femme ne peut, ſans autoriſation, vendre ſes biens, ſoit qu'ils ſoient dotaux, ſoit qu'ils ſoient paraphernaux.

Ainſi dans ces Pays, comme dans les Pays Coutumiers, la femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, & ſon état & ſa condition la conſtituent dépendante.

J'excepte des Pays de Coutumes, celle d'Auvergne, qui, par *l'art. 9 du chap.* 4, veut que la femme, pendant ſon mariage, puiſſe diſpoſer, à ſa volonté, de ſes biens paraphernaux,

sans le consentement de son mari ; & celle de la Marche, qui, par *l'art.* 305, veut que la femme puisse faire la même chose, mais à titre onéreux seulement.

Quant au Pays de Droit écrit, comme Aix, Toulouse, Bordeaux, la femme peut vendre ses biens paraphernaux, sans avoir besoin du consentement de son mari.

Mais il est des Statuts, qui outre la nécessité de l'autorisation imposée à la femme, lorsqu'elle veut aliéner ses biens dotaux, exigent encore d'autres conditions, & ne le lui permettent que sous certaines modifications qui méritent un examen particulier, & c'est ce qui me donne lieu de parler de la Loi *Julia* & de la *Nov.* 61 qui y a dérogé.

J'ai déja parlé de cette Loi dans mes Dissertations mixtes, *Dissert.* 15 ; mais je ne vois pas d'inconvénients d'en parler ici un peu plus amplement, & peut-être plus exactement.

La Loi *Julia* dont il est parlé dans les Institutes & dans plusieurs endroits du *ff.* & du *Code*, rendue au sujet du fond dotal, permettoit au mari de vendre les biens dotaux de sa femme, pourvu qu'elle y donnât son consentement ; mais elle ne lui permettoit pas de les hypothéquer, fût-ce de son consentement.

Cette Loi ne comprenoit que les fonds dotaux situés en Italie, & non ceux situés ailleurs, dotaux, ou autres ; elle ne comprenoit pas encore les meubles & les choses mobiliaires.

Justinien en 530, jugea à propos de défendre également l'aliénation des biens dotaux, comme il avoit déja défendu l'hypotheque, encore que la femme donnât son consentement à l'un & à l'autre, & cette défense étoit pour tous les fonds dotaux, en quelques endroits qu'ils fussent situés, en Italie, ou ailleurs, pourvu qu'ils n'eussent pas été estimés *venditionis causâ. L. unic. C. de rei uxor.*

Il paroît par la Loi 22, *C. ad Senatusconf. Vellei.* que l'Empereur Justinien se relâcha de cette grande sévérité, & donna valeur & exécution à l'engagement de la femme, quand au bout de deux ans elle l'avoit ratifié. *Sibi imputet*, dit l'Empereur, *si quod sæpius cogitare poterat, & evitare, non fecit, sed ultro firmavit. Videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate, non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere.* Il n'y avoit que l'intercession de la femme pour son mari, qui ne valoit en aucun cas. *L. si qua mulier, C. eod. tit.*

Il

Il ſe préſenta une difficulté qui donna lieu à une nouvelle Ordonnance; ce fut au ſujet de la donation que le mari fait à ſa femme, appellée *donatio propter nuptias*. Il étoit permis par cette Ordonnance au mari d'aliéner & hypothéquer les biens ſujets à cette donation, ſous deux conditions.

La premiere, que le mari ayant fait cette aliénation du conſentement de ſa femme, elle la ratifieroit deux ans après. La ſeconde, que dans ce cas-là même le mari auroit d'ailleurs des biens ſuffiſants pour répondre des biens donnés & les remplacer; mais après cette diſpoſition qui ne regarde que la donation *propter nuptias*, l'Empereur ajoute, *& multo potius hæc in dote valebunt, ſi quid dotis aut alienetur, aut ſupponatur.* C'eſt ce qui eſt porté par la *Nov.* 61.

A l'occaſion de cette *Nov.* il s'éleva une diſpute entre les Commentateurs, pour ſavoir ſi Juſtinien avoit voulu par cette *Nov.* déroger à la Loi *uniq.* au *C. de rei uxor. act.* & s'il avoit voulu permettre l'aliénation & l'hypotheque des biens dotaux, ſous les mêmes conditions qu'il avoit permis l'aliénation des biens donnés *propter nuptias.*

Accurſe après Joannes a cru que cette *Nov.* ne changeoit rien à la défenſe abſolue d'aliéner les biens dotaux portée par la Loi *uniq. C. de rei uxor. act.*

Que par cette *Nov.* la dot étoit conſervée dans tous ſes droits & privileges, & qu'elle perdroit de ſes privileges, ſi elle pouvoit être aliénée. Balde & Bachovius ont embraſſé ce parti.

Mais M. Cujas, qui a commenté cette *Nov.* 61, & avec lui quantité de bons Auteurs ont été d'avis contraire. M. Cujas commence ſon commentaire ſur cette *Nov.* par convenir du principe établi au *code*, qui eſt que le mari ne peut pas aliéner, ni hypothéquer les biens dotaux de ſa femme, qui lui ont été donnés ſans eſtimation, quoique d'ailleurs les Loix l'en établiſſent le maître & le propriétaire, parce que, dit M. Cujas, le mari eſt bien le maître de la dot de ſa femme, en vertu de la Loi civile, mais la femme l'eſt par le droit des gens.

Bien des Auteurs n'approuvent pas cette raiſon de M. Cujas. Tous citent quantité de Loix pour montrer que le mari eſt le maître de la dot de ſa femme; mais ils en citent auſſi quan-

tité d'autres, qui portent que la femme reſte propriétaire de ſes biens dotaux, & pour les concilier, les uns & les autres ont imaginé différentes diſtinctions du nombre deſquelles eſt celle de M. Cujas; mais tous n'y ſouſcrivent pas, & pluſieurs prétendent que la véritable diſtinction qui eſt à faire en cette occaſion, eſt de dire que le mari eſt, à la vérité, le maître de la dot, *fictione & ſubtilitate quâdam juris*, & que la femme, au contraire, l'eſt réellement & véritablement. D'autres ont imaginé d'autres diſtinctions. On peut voir là-deſſus, *Vinn. L.* 2, *tit.* 8, *des inſtitut. Bachovius*, *Vulteius*, *eod.loc. Hunnii reſolut. Liv.* 2, *tit.* 4, *quæſt.* 14.

Quoi qu'il en ſoit, M. Cujas, après avoir dit en général que le mari ne peut pas aliéner, ni hypothéquer les biens dotaux de ſa femme, encore qu'il en ſoit le maître, *jure civili*, & que la femme en vertu du droit des gens peut, ou les revendiquer comme ſiens, ou agir par action hypothéquaire, comme appartenants à ſon mari, parle enſuite de la donation à cauſe de noces que le mari fait à ſa femme dont les biens *aſſignantur & conſcribuntur*, *ſed nondum ſunt mulieris*. Il demande ſi il peut aliéner ou hypothéquer les biens ſujets à cette donation, & il dit que par la *Nov.* 61, Juſtinien ſe propoſe d'établir une Loi uniforme, tant pour ces ſortes de biens, que pour ceux qui ſont dotaux, *idem conſtituitur eſſe juris in his prædiis, quod in dotalibus*, & cela de peur que la femme ne ſoit fruſtrée de ſa donation; & qu'encore qu'elle ait le droit de révoquer pareilles aliénations, ou de réclamer ſon gage, il vaut mieux les déclarer nulles, que de réduire la femme à la fatale néceſſité de les révoquer, & d'avoir ſouvent à faire à gens de crédit & de difficile diſcuſſion.

M. Cujas rappelle enſuite la Loi 22, *C. ad Senatuſconſ. Vellei.* qui permettoit même d'aliéner ou d'hypothéquer la dot, ſous la ſeule condition de la ratification de la femme, après les deux ans de ſon interceſſion, à laquelle condition il dit que Juſtinien par la *Nov.* a ajouté celle d'avoir des biens ſuffiſants pour répondre de la dot & de la donation à cauſe de noces.

Ainſi M. Cujas poſe un principe, qui eſt que la *Nov.* 61 a voulu fixer un droit uniforme par rapport à l'aliénation de la dot, comme par rapport à la donation à cauſe de noces,

& il donne ce principe en connoiſſance de cauſe : car il obſerve que Joannes avoit eſtimé que la *Nov.* 61 établiſſoit, pour l'avenir, une différence entre la dot & la donation, qui eſt que l'aliénation de la dot étoit abſolument nulle, encore que la femme y eût conſenti à pluſieurs repriſes, mais non pas l'aliénation des biens ſujets à la donation *propter nuptias*, quand deux conditions concourroient. La premiere, que la femme après avoir d'abord conſenti à la vente, l'avoit ratifiée deux ans après. La ſeconde, que les biens du mari fuſſent ſuffiſants pour fournir d'ailleurs la valeur de la donation, & que Juſtinien, par cette *Novelle*, avoit appliqué & transféré à la donation à cauſe de noces, la diſpoſition de la Loi 22, *ad Senatuſconſ. Vellei.* & avoit ajouté la néceſſité d'avoir des biens ſuffiſants pour tenir lieu des biens aliénés.

Mais Cujas n'approuve pas l'avis de Joannes, & il eſtime qu'il faut raiſonner de la dot, comme de la donation à cauſe de noces. *Joannis differentiam non admitto, nam idem arbitror eſſe conſtituendum in dote, Juliano autore, & latiori titulo hujus Novellæ.* Et ſur ce que cette Novelle conſerve à la dot ſes privileges, il remarque que cela n'a pas lieu en ce qui concerne l'aliénation, ou l'hypotheque, mais par rapport aux autres privileges ; & de tout cela voici comment il conclut. *Ergo in privilegio eſt differentia inter dotem & donationem propter nuptias, non in facultate vendendi, vel obligandi, conſenſu mulieris iterato poſt biennium, ſi ex aliis bonis mulieri ſatisfieri poſſit.*

*Cunradus Rittershuſius, ad Jus Juſtinianum* qui eſt un Commentaire ſur les Novelles, raiſonne d'après Cujas ſur les mêmes idées. *Hæc quæ diximus de donatione propter nuptias in rebus immobilibus conſiſtente per maritum non alienandâ, eadem omnia etiam obtinent in dotibus quæ conſiſtunt in rebus immobilibus..... Erronea igitur eſt diſtinctio Joannis, quaſi hîc eſſet differentia inter dotem, & donationem propter nuptias, ut ſcilicet prædii dotalis quidem alienatio, vel obligatio planè non valeat, quamvis conſenſum ſuum mulier ſæpiùs iteraverit, donationis verò propter nuptias alienatio, vel hypotheca valeat conſenſu mulieris poſt biennium iterato ; quæ commentitia diſtinctio ſatis refellitur, & ipſo contextu Novellæ, & per epitomen Juliani, & per Cujac. ad dictam. Nov.* 61.

Deſpeiſſes, *to.* 3, *part.* 1re. *du Dot*, *ſect.* 3, *n.* 30, *pag.* 452, *col.* 2a. *édit.* 1665, après avoir dit que la femme peut révoquer

les aliénations de ſa dot, ajoute : « Elle ne peut faire cette » révocation, lorſque l'aliénation ayant été faite de ſon con- » ſentement, deux ans après elle y a encore conſenti, & que le » mari a d'autres biens ſuffiſants pour le paiement de ſa dot, » *Nov.* 61.

M. de Cambolas, *liv.* 4, *ch.* 27 de ſes Arrêts, cite la *Novelle* 61, comme ayant mis au niveau la dot & la donation *propter nuptias*, quant au pouvoir d'aliéner. Il eſt vrai qu'il remarque la contrariété d'entre Accurſe & Cujas ; mais la maniere dont il s'énonce marque aſſez qu'il penche pour l'avis de Cujas.

Un Auteur moderne, & fort eſtimé, nommé Heineccius, a embraſſé le même parti. Il rapporte les différentes exceptions de la Loi générale qui défend l'aliénation de la dot, & entre ces différentes exceptions, il y place celle-ci. *Neque etiam hæc prohibitio pertinet ad alienationem in quam ita conſenſit uxor ut eam elapſo biennio ratam habuerit, modo mariti bona ſufficiant;* & il cite la *Nov.* 61, *ch.* 1^er^. en ſon Livre intitulé : *Elementa Juris civilis ſecundùm ordinem Pandect.* imprimé à Strasbourg en 1732.

M. Bretonnier, en ſon Recueil Alphabet. *verb. dot.* après avoir obſervé que la *Novelle* 61 défend l'aliénation des biens ſujets à la donation *propter nuptias*, à moins qu'il ne reſte au mari des biens ſuffiſants pour remplir cette donation à cauſe de noces, ajoute que cette *Novelle* au §. 3, ordonne la même choſe à l'égard de la dot, & il emploie les termes de la *Nov.* même, *& multo potiùs hæc in dote valebunt.* Il trouve cette *Novelle* ſi ſage, qu'il eſtime que la déciſion de cette Loi & des Coutumes de Bordeaux & de Normandie qui l'ont adoptée (il auroit pu ajouter celles de la Marche & d'Auvergne qui, bien examinées, diſent la même choſe) mériteroit qu'on en fît une Loi générale, tant pour les Pays de Droit écrit, que pour les Pays Coutumiers.

Ainſi en parlant le langage de nos Auteurs, la dot eſt inaliénable du conſentement même de la femme. Voilà le principe général ; mais il faut y ajouter les deux modifications de la *Nov.* 61 ; mais auſſi eu égard àces modifications, on peut fort bien dire que la dot eſt aliénable. C'eſt ainſi que M. Cujas en commentant la Nov. 61, commence par dire que la dot ne peut s'aliéner ; ſi ce n'eſt quand il ſe rabat ſur la *Nov.* 61,

il convient qu'elle peut être valablement aliénée ſous les deux conditions de la *Novelle*.

J'ai trouvé répandu dans tous nos Livres le principe général : *La dot eſt inaliénable ;* mais je n'ai trouvé nulle part qu'elle ſoit telle, poſé même les conditions de la *Novelle* 61.

Dans ces circonſtances j'ai cru, dans mes Diſſertations mixtes, qu'il ne falloit pas dire en termes abſolus & indéfinis, que la dot étoit inaliénable, puiſqu'elle l'étoit ſous certaines modifications ; mais qu'il falloit plutôt dire que la vente qu'on en pouvoit faire, étoit réſoluble en certains cas.

C'eſt ſur cette idée que j'ai dit dans les Diſſertations dont je viens de parler, 1°, qu'il n'y avoit pas dans le Royaume, en ce qui regarde le Pays Coutumier, de Coutumes prohibitives négatives ſur le ſujet de l'aliénation des dots des femmes. 2°, Qu'à l'égard du Pays de Droit écrit, on y ſuivoit la *Novelle* 61, d'où j'ai conclu que je ne voyois pas dans le Royaume de Statuts qui prohibaſſent à la femme d'aliéner ſes biens dotaux, mais que j'en voyois qui prononçoient la réſolution de ces ventes dans certains cas.

Il faut convenir que ce langage eſt vrai, ſi l'on ne peut pas me faire voir que la *Nov.* 61 ait été abſolument rejettée, & c'eſt ce que je n'ai pas vu, ni aucun Arrêt contraire à la *Nov.* dans le cas des conditions qu'elle preſcrit.

Mais ſuppoſons qu'il y ait en certains endroits une prohibition abſolue & indéfinie, ſans modifications, ni reſtrictions, d'aliéner la dot de la femme : une femme pourra être domiciliée dans l'un de ces endroits, & avoir une partie, ou le tout de ſes biens dotaux ſitués dans des endroits où elle peut les vendre ſous modifications.

Elle pourra encore être domiciliée dans des endroits qui n'exigent pas que le mari ait des biens ſuffiſants pour répondre de la dot, & avoir des biens dans d'autres endroits où les biens dotaux ne peuvent être aliénés, qu'autant que le mari peut en remplacer le prix ſur ſes propres biens.

On demande quelle Loi il faudra ſuivre dans tous ces cas différents, ſi ce ſera la Loi du domicile actuel, ou la Loi de la ſituation, ou la Loi du domicile matrimonial.

M. Froland a agité ces queſtions, *ch.* 21 *de ſes Mémoires ſur les Statuts.*

Il convient que la déciſion dépend de ſavoir ſi ces Statuts

ſont réels, ou perſonnels, & il allegue certainement toutes les raiſons pour & contre que l'on peut imaginer.

Je ferai, dans un moment, le détail de ces différentes raiſons; mais j'obſerverai, dès-à-préſent, que M. Froland les trouve ſi preſſantes de part & d'autre, & ſi également déciſives, qu'il ne peut s'empêcher d'avouer qu'il ne ſait où il en eſt, & que de quelque côté qu'il ſe tourne, il ne voit que des précipices & des écueils.

M. le P. Bouhier au contraire n'eſtime pas que cette queſtion ſoit auſſi difficile que le dit M. Froland, & tous les deux par des moyens aſſez ſemblables, quoiqu'expoſés d'une maniere plus, ou moins claire, & plus, ou moins ſenſible, ſe réuniſſent à décider pour la perſonnalité du Statut, en exceptant néanmoins de cette déciſion la Coutume de Normandie.

J'obſerverai d'abord que la difficulté n'eſt pas par rapport à l'autoriſation.

On ſait que la femme qui, dans le lieu de ſon domicile, a beſoin de l'autoriſation de ſon mari, en a beſoin par-tout; & que celle qui n'en a pas beſoin dans le lieu de ſon domicile, n'en a beſoin en aucun endroit. Tel eſt l'effet du Statut perſonnel du domicile, lorſqu'il eſt en concurrence avec le Statut perſonnel de la ſituation.

Toute la difficulté n'eſt donc que par rapport à l'aliénation des biens dotaux qui peuvent être ſitués, partie dans des Coutumes qui en permettent indéfiniment l'aliénation, & partie dans des Coutumes qui la défendent, ou du moins qui ne permettent cette aliénation qu'en cas de biens ſuffiſants de la part du mari.

C'eſt par rapport à ces queſtions, que M. Froland, preſſé de ſe déterminer, dit, *pag.* 1032, que la prohibition faite à la femme par l'Empereur Auguſte & par Juſtinien, d'aliéner ſon fonds dotal, eſt un Statut qui tombe ſur la perſonne. *Primariò, univerſaliter, & abſtractè ab omni materia reali*, & que ſi, en quelque maniere, il tombe auſſi ſur la choſe, ce n'eſt que par réflexion, *& ſecundariò.* « L'objet de la Loi, dit-il, » a été l'utilité particuliere de la femme, le déſir d'aſſurer ſon » état & ſa condition, & celui de fixer le pouvoir & l'auto- » rité du mari ſur elle, & ce Statut doit être conſidéré à l'inſ- » tar du Sénatuſconſulte Velleien.

» D'où il conclut, *pag.* 1033, que la Loi *Julia, de fundo* » *dotali*, eſt une Loi perſonnelle qui doit avoir ſon effet, *ubi-*

» *cumque bona ſita ſint ;* & faiſant l'application de cette déci-
» ſion, il dit que la femme domiciliée dans un Pays, où l'on
» obſerve la diſpoſition de la Loi *Julia*, ne peut aliéner ſes
» biens dotaux en quelque lieu qu'ils ſoient ſitués.

» Que par identité de principe, celle qui demeure dans les
» Pays Lyonnois, Beaujolois, Forêts, Mâconnois, peut alié-
» ner tous les ſiens, ſans avoir égard à la Loi ſous laquelle ils
» ſont ſitués, & ce d'autant plus que les Arrêts de Raberin &
» de Dalméſin, rendus en conſéquence des Lettres-Patentes
» de 1664, paroiſſent avoir confondu l'obligation des femmes
» avec l'aliénation de leurs biens dotaux.

» Il ſemble, continue-t-il, que par les mêmes raiſons il fau-
» droit auſſi conclure que celle qui fait ſa demeure ſous la Cou-
» tume d'Auvergne, de la Marche, de Bordeaux ou de Nor-
» mandie, ne peut aliéner les fonds qu'elle a dans des terri-
» toires étrangers, que ſous les conditions portées par ces
» Coutumes. »

Mais, ſelon lui, cet article eſt un peu plus difficile que les autres, & *pag.* 1058, il décide néanmoins que la femme domiciliée ſous la Coutume d'Auvergne & de la Marche, eſt incapable d'aliéner ſes biens dotaux, de ſorte qu'elle ne pourroit aliéner ceux même qu'elle auroit dans la Coutume de Paris; mais que les articles de ces Coutumes qui donnent à la femme le choix de reprendre ſes biens aliénés, ou de s'en tenir à la récompenſe qui lui a été fournie lors de l'aliénation, étant des Statuts réels, elle ne pourroit auſſi profiter de leurs diſpoſitions, pour revendiquer la poſſeſſion des fonds qui lui auroient appartenu dans Paris.

Et comme ces opérations s'impliqueroient, dit-il, (car faire une aliénation nulle, & de nul effet & valeur, & ne pouvoir ſe remettre en poſſeſſion des biens qui la compoſent, étant choſes directement oppoſées) il ſuffira dans ce cas de faire agir le premier Statut qui eſt le principal, & dont l'autre eſt l'acceſſoire & la ſuite; parce que l'aliénation étant nulle de plein droit par l'incapacité de la femme qui l'aura faite, il ne ſera pas mal aiſé de conclure qu'il lui ſera loiſible de rentrer dans la poſſeſſion de ſes biens, ſans le ſecours du Statut qui lui en donnera la faculté.

Sans entrer encore dans l'examen de toutes ces queſtions, je connois bien des Auteurs qui ne ſeroient pas touchés des rai-

ſons que M. Froland allegue pour ſe déterminer en faveur de la perſonnalité des Statuts en queſtion.

Elles ne ſeroient pas adoptées par ceux qui prétendent que le Statut perſonnel doit régler univerſellement l'état & la condition de la perſonne.

En effet, cette prohibition faite au mari de diſpoſer des biens dotaux de ſa femme, y donnât-elle ſon conſentement, ne regle pas univerſellement la perſonne, puiſque la femme a d'ailleurs la liberté de vendre ſes biens paraphernaux & adventifs, & que cette liberté eſt plus ancienne que le mariage, & eſt la ſuite de l'état qu'elle avoit auparavant & qu'elle a retenu depuis; en ſorte que la prohibition à l'égard des biens dotaux, eſt une prohibition qui ne commence à avoir lieu que depuis le mariage, & qui eſt purement particuliere; ce qui dans le ſyſtême de ceux qui veulent que le Statut perſonnel regle univerſellement l'état de la perſonne, feroit abſolument rejetter la déciſion de M. Froland.

Elles ſeroient encore rejettées par ceux qui veulent que le Statut perſonnel regle l'état de la perſonne, *abſtractive ab omni materia*, puiſque la Loi *Julia* n'a préciſément pour objet que les fonds dotaux.

M. Froland prétend que la prohibition faite à la femme d'aliéner ſon fonds dotal, eſt un Statut qui tombe ſur la perſonne *primario ;* mais outre que la prohibition d'aliéner, ne s'adreſſe qu'au mari, & que la défenſe à la femme n'eſt que de conſentir à l'aliénation, par quelle raiſon cette défenſe tomberoit-elle ſur la femme *primario?* ſeroit-ce parce que le Statut a eu en vue l'utilité de la femme, & de lui conſerver dequoi ſe remarier? mais ces Statuts-ci, *les deux tiers des Fiefs appartiendront à l'aîné ; le conjoint, à défaut de parents, eſt l'héritier de ſon conjoint*, tombent donc *primario* ſur la perſonne : car ces Statuts ont en vue l'utilité des aînés dans les Fiefs, & l'avantage des conjoints dans le cas où l'un d'eux meurt ſans parents, & cependant ces Statuts ſont de l'aveu de tout le monde des Statuts réels.

Dira-t-on que les Statuts que nous venons d'alléguer, diſpoſent ſans que le miniſtere de l'homme y ſoit néceſſaire, au lieu que dans la prohibition faite à la femme d'aliéner, la Loi diſpoſe du fait & du miniſtere de la femme; que dans les premiers Statuts la Loi ne commandant rien aux aînés, ni aux conjoints, elle

ne

ne diſpoſe pas de ces perſonnes ; mais que par rapport à la prohibition en queſtion, la Loi diſpoſe de la femme à qui elle défend, & que par cette raiſon elle eſt perſonnelle ?

A ces objections nous répondrons en propoſant un autre Statut. *Les conjoints ne peuvent ſe donner qu'en uſufruit leurs meubles & acquêts* : il eſt certain que dans ce Statut la Loi diſpoſe du fait & du miniſtere des conjoints, puiſqu'elle leur permet de donner les meubles & acquêts en uſufruit, & leur défend de ſe les donner en propriété, ni de ſe donner en aucune maniere leurs propres ; cependant ces Statuts paſſent par-tout pour des Statuts réels.

D'ailleurs pour pouvoir dire que la prohibition agit *primariò & directè*, il faudroit qu'elle formât l'état & la condition de la perſonne ; mais quoi ! cette même femme à qui l'aliénation des biens dotaux eſt interdite, ne peut-elle pas diſpoſer de ſes autres biens ? n'eſt-on pas même fondé à regarder cette prohibition comme particuliere, & faite à une femme capable d'ailleurs par état & par condition ? Cette prohibition, loin donc de déterminer l'état de la femme, ne fait qu'arrêter l'exercice de ſa capacité, ſinguliérement pour certains actes.

M. Froland veut que l'on raiſonne de cette prohibition, comme de celle de contracter ; mais dans la prohibition de contracter, les engagements perſonnels ſont le matériel de la prohibition, & l'on ſent aſſez que s'agiſſant d'actes par leſquels la perſonne ſe lieroit elle-même, il n'y a jamais que la Loi qui a droit & autorité ſur la perſonne qui puiſſe en diſpoſer, & qu'effectivement pareil Statut agit ſur la perſonne, *primariò & directè. Perſonale eſt Statutum quo cautum ne marito non conſentiente, uxor ineat contractum : contractus non rem, ſed perſonam afficit. Matthæus, obſ.* 3, *n.* 107.

Mais dans la prohibition d'aliéner les biens dotaux, les biens ſont le matériel, non pas même l'univerſalité des biens, mais quelques biens en particulier ; comment peut-on dire qu'un pareil Statut diſpoſe de la perſonne, *& quidem primariò & directè ?*

Mais ſi l'on pouvoit ſe ranger du parti de la perſonnalité, quant au Statut qui défend d'aliéner les biens dotaux, comment pouvoir appliquer cette déciſion à la Coutume d'Auvergne & à celle de la Marche ? comment pouvoir dire que les diſpoſitions de ces Coutumes ſont perſonnelles, qu'elles

mettent dans la femme une incapacité d'état & de condition, que la vente qu'elle feroit ſeroit nulle comme faite *à non habente poteſtatem*, & néanmoins que la femme pourroit réclamer ſon fonds d'Auvergne dans l'année du décès, & que le temps paſſé, elle ſeroit obligée de ſe contenter de la récompenſe qui lui auroit été aſſurée, fût-elle même inſuffiſante? il y a une contradiction dans ce ſyſtême.

M. le P. Bouhier, qui a pris, ainſi que M. Froland, parti pour la perſonnalité du Statut qui prohibe l'aliénation des biens dotaux, prétend qu'il faut recourir à l'eſprit de cette Loi, & des Légiſlateurs qui l'ont rendue; que les Auteurs de cette Loi ont eu en vue principalement les perſonnes; c'eſt-à-dire, l'intérêt des femmes, *ne fragilitate naturæ ſuæ in repentinam deducantur inopiam.*

Mais ſi la Loi a craint la fragilité de la femme, pourquoi ne lui a-t-elle pas également défendu la vente de ſes paraphernaux? Cette raiſon de fragilité qui formeroit en la femme une incapacité perſonnelle, influeroit généralement ſur tous ſes biens; pourquoi ne l'a-t-elle défendu qu'à la femme & non pas à la fille? eſt-ce que la fille eſt plus forte & plus expérimentée que la femme? la fille perd-elle, en un moment, en devenant femme, tout ſon jugement & toute ſa maturité?

Mais cette raiſon de la fragilité du ſexe, frappe-t-elle plus que celle qui défend aux conjoints de ſe donner, & que celle qui ne permet pas de donner au-delà du tiers de ſes propres? Ces Statuts ne ſont-ils pas également pour empêcher que les familles ne ſoient dépouillées par fragilité, par ſurpriſe, par obſeſſion? Ne pourrois-je pas employer en cette occaſion ce que M. le P. Bouhier dit ſi élégamment, *ch.* 19, *n.* 22, à l'occaſion de l'autoriſation dont les femmes ont beſoin pour contracter?

Ce Magiſtrat dans cet endroit combat l'avis de ceux qui ont cru que cette autoriſation étoit requiſe par le ſeul motif de l'intérêt du ſexe: il dit que ce ſentiment ne lui paroît pas ſoutenable, & voici ſon raiſonnement. » Si nos Coutumes » avoient voulu en cela remédier à la fragilité des femmes, » elles n'auroient pas limité ce ſecours au temps où elles » ſont mariées: car elles ne le méritent pas moins en un temps » qu'en un autre, & même il ſemble qu'elles ont encore plus » beſoin d'être ſecourues quand elles ſont filles ou veuves, » n'ayant pas de conſeil domeſtique pour les guider dans leurs » affaires. »

On voit donc que la prohibition d'aliéner les ſeuls biens dotaux, ou de conſentir à l'aliénation, ne rend pas la femme incapable par état & par condition, & que cette prohibition qui ne tombe que ſur les biens dotaux, eſt une prohibition particuliere, qui ne ſauroit changer l'état & la condition de la femme; elle eſt affectée avant ſon mariage d'un état de capacité, & elle n'eſt gênée depuis ſon mariage dans l'exercice de cette capacité, que par rapport aux biens dotaux.

Il eſt vrai, & je le répete volontiers (car c'eſt en cela que conſiſte le fort de mon argument) que j'ai dit dans mes Diſſertations, *pag.* 299, que ſi nous avions quelque Loi qui mît la femme, non pas ſeulement dans l'impuiſſance d'aliéner ſon fonds dotal, mais dans une impuiſſance entiere & générale d'état & de condition, impuiſſance qui comprendroit tant les biens dotaux, que non dotaux de la femme, cette impuiſſance ſeroit perſonnelle, & l'on ne peut critiquer cette propoſition qu'autant qu'on ne la ſaiſit pas bien; mais une impuiſſance particuliere reſtreinte à certains biens dans une femme, qui en ſe mariant conſerve la faculté de vendre ſes paraphernaux, faculté qu'elle avoit par état & par condition, ne ſauroit jamais être qu'une impuiſſance réelle qui n'affecte pas la perſonne.

Quoique M. le P. Bouhier & moi, nous décidions différemment cette queſtion particuliere, néanmoins nous parlons les mêmes principes.

Ce Magiſtrat, *ch.* 21, *n.* 74, obſerve qu'à l'égard des Statuts prohibitifs, il s'en trouve où la prohibition tombe ſur la perſonne, & d'autres où elle tombe uniquement ſur les choſes. J'ai fait pareille obſervation en cinquante endroits; mais puiſque nous parlons les mêmes principes, pourquoi donc ne concluons-nous pas de même?

Qu'on n'implore pas ici le motif du bien public, *ne mulieres indotatæ remaneant :* car où peut être le bien public de favoriſer les ſeconds mariages contre leſquels toutes les Loix ſont ſi mal prévenues, & qui déſolent ſi fort les familles? N'eſt-il pas plus du bien public, que les femmes puiſſent vendre & aliéner? Cette liberté, comme dit la Déclaration de 1664, n'eſt-elle pas plus accommodante à la Société civile, plus favorable aux affaires de famille, & même néceſſaire au commerce?

J'eſtime donc que la prohibition faite à la femme de conſentir à l'aliénation de ſes biens dotaux, eſt une prohibition particuliere & réelle, & que la femme qui, par la Loi de ſon domicile, ne peut les vendre, pourra vendre ceux qui ſont ſitués ailleurs, où pareille prohibition n'a pas lieu, *& vice verſâ.*

Les Coutumes de Vianen & Ameyden, rub. 1ª. artº. 7º. §. 1º. portent, ſuivant la traduction de Vauder Muelen, *nulla bona immobilia viri, vel uxoris effeſtucantor, aut hypothecantor niſi utriuſque conſenſu, ſi nullos habeant liberos.* Vauder Muelen agite la queſtion, ſi ce Statut eſt réel; & quoique ce Statut comprenne tous les immeubles des conjoints, cet Auteur n'a pas héſité de dire qu'il étoit réel, *cùm directè in rerum alienationem ſcriptum ſit.*

Ce que nous penſons par rapport à l'aliénation des biens dotaux, Chorrier en ſa Juriſprudence ſur Gui-Pape, *liv.* 4, *Sect.* 1, *art.* 3, le penſe de même; & il dit qu'en Dauphiné, la femme ne peut, ni aliéner, ni hypothéquer ſes fonds dotaux, en quelque lieu qu'elle habite, ou qu'elle contracte, fût-ce dans le Lyonnois, où les femmes ont, par la Déclaration de 1664, la liberté de vendre leurs biens dotaux, & que cela fut ainſi jugé par Arrêt du 16 Mars 1688, par la ſeule conſidération que les fonds étoient ſitués en Dauphiné.

Que ſi la Coutume de la ſituation permet l'aliénation des biens dotaux de la femme, mais pour le cas ſeulement où le mari a des biens ſuffiſants pour répondre de cette aliénation, & que la femme en ait d'autres ſitués ailleurs, où la Loi n'exige pas la même choſe, j'eſtime, par la raiſon de la réalité, que ces diſpoſitions, comme réelles, doivent être renfermées dans leur territoire, de maniere que la Loi d'un certain endroit n'influe pas ſur la Loi d'un autre endroit, ni même celle du domicile ſur celle de la ſituation.

Par exemple, la Coutume d'Artois permet de vendre les propres; mais elle exige *néceſſité jurée.* La néceſſité jurée qu'exige cette Coutume dans le majeur qui vend, peut être aſſimilée à la néceſſité dans le mari d'avoir des biens ſuffiſants. L'une & l'autre néceſſité ſont bornées à certains biens. Or, cette précaution de la Coutume d'Artois eſt regardée comme réelle; pourquoi la précaution d'avoir des biens ſuffiſants, ſeroit-elle d'une autre nature?

Dans l'une & dans l'autre Coutume, cette précaution eſt

requiſe en faveur de la perſonne. Dans celle d'Artois, c'eſt en faveur de l'héritier des propres ; dans l'autre, c'eſt en faveur de la femme ; & ſi le motif de l'utilité de la perſonne n'empêche pas le Statut de la Coutume d'Artois d'être réel, pourquoi empêcheroit-il le Statut qui exige des biens pour répondre de la dot, d'être pareillement réel ?

Seroit-ce parce que la Loi regarde la femme même qui vend, & qui eſt partie dans la vente ; au lieu que la Coutume d'Artois ne regarde que l'héritier du Vendeur qui ne parle point dans la vente, & n'y eſt pas partie ? Mais de maniere, ou d'autre, la Loi ordonne toujours par une vue particuliere & bornée, & qui ne ſauroit avoir trait à l'état & condition de la perſonne.

Dans les Statuts qui défendent aux maris & femmes de s'avantager, la Loi s'adreſſe directement aux conjoints. Cependant il a paſſé preſque univerſellement que ces Statuts étoient réels.

Il eſt vrai que la néceſſité d'avoir des biens ſuffiſants, procure l'avantage de la femme ; mais elle n'influe pas ſur l'état & la condition de la femme.

En effet, la femme dans les Coutumes d'Auvergne & de la Marche, peut, par état & condition, vendre tous ſes biens paraphernaux, dès qu'elle eſt autoriſée, & ce n'eſt que par une reſtriction particuliere qu'elle ne peut vendre ſes biens dotaux, que ſous certaines modifications. On peut dire même qu'elle peut les vendre, & que la validité dépend de l'événement ; qu'ainſi la vente n'eſt pas nulle de plein droit, mais ſeulement qu'elle eſt en ſuſpens. Ce qui fait voir que la défenſe d'aliéner, ainſi modifiée, ne touche, en aucune maniere, à l'état général & perſonnel de la femme.

Bas-Maiſon, ſur *l'art. 4 du tit.* 14 de la Coutume d'Auvergne, convient effectivement que la femme, après le décès de ſon mari, peut de plein droit rentrer dans ſon fonds ; mais il ajoute que juſqu'au jour que la femme peut faire ſon choix, ou de rentrer dans ſon fonds, ou d'opter la récompenſe, le contrat de vente & la récompenſe ſont en ſuſpens. La vente n'eſt donc pas définitivement nulle dès l'inſtant ; mais elle peut le devenir ſuivant le choix de la femme. Il n'y a donc pas dans la femme une incapacité radicale & d'état, mais une incapacité conditionnelle. Ce qui rend cette incapacité réelle comme

étant particuliere, & ne touchant pas à l'état perſonnel de la femme.

Quant à la Coutume de Normandie, je ſais que Me Ch. du Molin a eſtimé que le Statut de cette Coutume qui permet à la femme qui a vendu ſes biens dotaux, de s'adreſſer aux acquéreurs, ou détempteurs d'iceux, ſi elle n'en peut avoir de récompenſe ſur les biens de ſon mari, étoit un Statut perſonnel qui influoit ſur tous les biens des femmes, en quelque endroit qu'ils fuſſent ſitués; mais Me Ch. du Molin ne s'eſt fondé, pour donner une pareille déciſion, que ſur des raiſons particulieres tirées des mœurs qu'il croyoit avoir remarquées dans les Normands; raiſons qui affectoient la femme par une dépendance dure & auſtere de leurs maris; mais ces raiſons n'ont été approuvées de perſonne, & ceux qui ſont le plus portés pour la perſonnalité, ont mis les diſpoſitions de la Coutume de Normandie à cet égard, au nombre des diſpoſitions réelles. C'eſt l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 27, *n.* 34, & de M. Froland, *ch.* 21, *n.* 21.

J'eſtime donc ſur cette derniere queſtion, que la femme pourra, ou ne pourra pas revenir contre les Acquéreurs de ſes biens dotaux, ſuivant que la Loi de la ſituation lui permettra, ou ne lui permettra pas de le faire, en cas d'inſuffiſance des biens du mari, parce que toutes ces diſpoſitions ſont réelles & indépendantes de l'état & de la condition perſonnelle de la femme. *Voyez la Conſult.* 50, *tom.* 2 *des Œuvres de Dupleſſis, page* 322.

## CHAPITRE II.

### *De la diverſité du Droit, par rapport aux Statuts purement réels.*

### SOMMAIRE.

I. *Les biens ſe partagent ſelon la Loi du Lieu où ils ſont ſitués réellement, ou par fiction. Mais que faut-il décider dans le cas où quelqu'un a ſon domicile en pluſieurs endroits?*

II. *Les rentes, ſoit perpétuelles, ſoit pour un temps, ſont miſes au rang des immeubles, quand elles ſont conſtituées avec hypotheque.*

III. *On met dans le même rang les rentes qui ſont dûes par les Provinces, les Villes particulieres, ou municipales, de maniere que dans les ſucceſſions, elles ſont réglées par la Loi du Lieu où elles ſont dûes.*

IV. *Un Etranger ne ſauroit léguer à ſa femme les rentes qui lui ſont dûes par notre Province.*

V. *Ces mêmes rentes ſont compriſes dans l'Ordonnance de l'Empereur Charles, laquelle défend au mineur de léguer ſes immeubles à ſon curateur.*

VI. *L'on rapporte le Droit particulier qui s'obſerve en Hollande.*

NOUS voici préſentement à la ſeconde claſſe des Statuts; c'eſt-à-dire, de ceux qui diſpoſent purement & ſimplement des choſes, ſans le fait & la participation de l'homme, & ce ſont ces Statuts qui ont le véritable caractere de Statuts réels. Tels ſont ceux qui reglent la maniere de partager les ſucceſſions *ab inteſtat*, & qui n'ont point de force hors leur territoire: car preſque tout le monde convient que les biens doivent être réglés par la Loi de la ſituation, ſoit naturelle, ſoit fictive. V. Joan. à Sand. *Deciſ. Friſic. lib.* 4, *défin.* 7, *tit.* 8. Frédéric à Sand. *ad conſuet. feud. Geldriæ*, §. 4, *de veris. hæred. ac non hæredit. ſucceſſ. differ. n.* 9, *& multis ſeq.* Burgundus *d. tract.* 1, *n.* 35, & pluſieurs autres dont il ſeroit aſſez

inutile de faire le détail ; & en cette partie, il n'y a pas de différence à faire entre les choſes mobiliaires & les choſes immobiliaires : car ſi les meubles ſe partagent ſuivant la Loi du domicile de ceux à qui ils appartiennent, c'eſt parce qu'ils ſont préſumés y être ſitués, & non parce que le Statut eſt perſonnel, comme nous l'avons montré ci-devant plus au long ; mais je vais faire ſentir ceci par des exemples qui ſont fort connus dans notre Province. Ne ſait-on pas qu'en fait de ſucceſſion, les biens ſitués à Utrecht, appartiendront, par la Loi du Pays, aux pere & mere du défunt ; & que dans pluſieurs endroits de la Hollande, les biens qui y ſeront ſitués appartiendront, au contraire, aux freres & ſœurs, à l'excluſion des aſcendants ? Les biens emphytéotiques, ſoit eccléſiaſtiques, ſoit ſéculiers, ſitués dans le territoire d'Utrecht, ſont, par un uſage qui y eſt obſervé, tranſmis à l'inſtar des Fiefs, & ne ſortent pas de la ligne d'où ils viennent, ce qui fut derniérement jugé en réviſion.

Nous avons dit que les meubles ſont préſumés avoir leur aſſiette où le Propriétaire a ſon domicile, & qu'ils ne changent d'aſſiette, qu'autant que le Propriétaire change lui-même de domicile, & avec raiſon : car comme les meubles n'ont point une aſſiette auſſi fixe & auſſi perpétuelle que les biens en fonds, il eſt néceſſaire que leur aſſiette dépende entiérement de la volonté de ceux à qui ils appartiennent, & qu'ils aient l'aſſiette que le Propriétaire veut qu'ils aient, à peu près comme le Propriétaire lui-même a ſon domicile où il juge à propos de l'avoir. C'eſt pourquoi nous croyons que chacun veut que ſes meubles ſoient où il a établi ſon domicile & ſa fortune. Suivant ces principes, l'on aura raiſon de regarder les actions dans les ſucceſſions & autres cas ſemblables, comme devant ſuivre le ſort des meubles ; & comme toutes ces déciſions ſont aſſez certaines, & ſe trouvent dans les Auteurs modernes, il n'eſt pas néceſſaire d'en dire davantage : j'ajouterai ſeulement que ſi quelqu'un a ſon domicile dans pluſieurs endroits, les meubles ſuivront la Loi du domicile, où par la deſtination du Propriétaire, ils ſe trouveront réellement être. Chopin *ad l. Pariſ. lib.* 1, *tit.* 1, *n.* 11 *in fine.* Burgund. *tract* 2, *n.* 22.

Mais par rapport aux rentes, elles ont leurs principes particuliers. 1°, A l'égard de celles qui ſont foncieres, ou qui ſont hypothécaires, les Docteurs les mettent au nombre des immeubles, pourvu qu'elles ſoient perpétuelles, ſinon, & où elles

elles ſeroient pour un temps, ils les réputent meubles, & c'eſt une diſtinction admiſe par Burgundus, *d. loc. n.* 30 & 32; mais il eſt aſſez difficile de ne pas les réputer toutes de la même nature: car puiſque celles qu'on répute immeubles, ſont eſtimées telles, parce qu'à raiſon de l'hypotheque, elles ſont affectées ſur des fonds, & qu'autrement il faudroit les réputer meubles, quand même elles ſeroient perpétuelles; que d'ailleurs la faculté de les racheter dans un temps, ne change point la nature de l'hypotheque, & qu'il eſt très-indifférent que le temps du rachat ſoit fixé, ou non, il eſt par conſéquent néceſſaire de dire que les rentes rachetables dans un temps, ne ſont pas moins immeubles que les perpétuelles, principalement puiſque par la conſtitution d'hypotheque, la choſe hypothéquée eſt préſumée aliénée juſqu'à concurrence du ſort principal, & que cette choſe ainſi hypothéquée, eſt préſumée rachetée lors du paiement. *Arg. L. ult. de reb. alien. non alienand.*

C'eſt à l'occaſion de ces rentes que la queſtion s'eſt préſentée de ſavoir de quelle nature ſont celles dues par les Provinces, par les Villes particulieres & municipales. Je ne demande pas ſi elles ſont en tout comparées aux biens fonds; mais je demande où l'on doit dire qu'elles ſont ſituées ou préſumées être ſituées, & encore quel eſt le territoire dont elles doivent ſuivre les Loix dans les ſucceſſions? La déciſion commune des Docteurs, & qui eſt ſuivie parmi nous, eſt que, généralement parlant, les rentes ſont meubles, quand elles ſont aſſiſes ſur des choſes mobiliaires, & immeubles quand elles ſont aſſiſes ſur des immeubles.

Or les Provinces ne ſont pas des corps mouvants & mobiles, mais des corps fixes & perpétuels, & c'eſt par cette raiſon que Burgundus, *d. tract.* 2, *n.* 31, nous aſſure que la Juriſprudence de ſa ville regarde comme immeubles les rentes légitimement dues par les Provinces & les Villes; & en effet ces rentes pour la plupart ne produiſent aujourd'hui aucune action perſonnelle; elles ſont dues ſeulement ſur les octrois, les tailles, ou ſur le domaine public, & nullement par ceux qui gouvernent. C'eſt pourquoi dans tous les contrats de conſtitution qui ſont paſſés par les Etats des Provinces, on peut remarquer qu'on n'oblige que les biens de ces Provinces, & non les perſonnes. Or, quand pour le paiement des rentes, le Prince aſſigne certains droits ſur ſon domaine ou ſur celui de la

ville, comme cela ſe fait parmi nous, il eſt cenſé avoir donné ces biens pour ſureté & nantiſſement, ſuivant le témoignage de *Chriſt. vol.* 1, *deciſ.* 137, *n.* 13, & avec raiſon : car le Prince n'a pas beſoin de faire des actes devant le Magiſtrat pour donner une hypotheque, étant exempt & déchargé de preſque toutes ſortes de formalités. *Arg. L. Princeps, ff. de leg. L.* 1ª. *ff. de conſtit. Principum. Maſcardus de Statut. interp. concl. n.* 9, 66, *Teſſaur. deciſ.* 15, *n.* 6, *& deciſ.* 87, *n.* 7. *Chop. ad conſ. Andeg. Lib.* 1, *tit.* 1, *n.* 6, *Mornac. ad dict. L.* 1ªm. *Chriſt. in prælud. ad conſ. Mechlin. n.* 8. Delà on voit qu'il y a de la différence entre les obligations que contracte une Province, en ce que ces débiteurs changent, & que quand les créanciers veulent faire des pourſuites, ils ſont obligés de ſuivre les héritiers & ayants cauſe, dans les différents endroits où ils ſe trouvent domiciliés, pendant que les Provinces ſont des corps, qui, ainſi que les fonds, ont perpétuellement un lieu fixe & certain; &, à dire vrai, il nous paroît plus convenable de mettre ces ſortes de rentes dues par des Communautés dans la claſſe des immeubles, que d'y mettre celles conſtituées par des particuliers, pour raiſon deſquelles ces particuliers ont accordé une hypotheque : car cette hypotheque n'eſt jamais que l'acceſſoire de l'action perſonnelle, ou tout au plus ne fait que l'accompagner. Au lieu que les rentes ſur les Provinces & ſur les Villes, ou ſur leurs octrois & revenus publics, ne produiſent point abſolument d'action perſonnelle, & tous les Docteurs appuient cette différence entre les rentes conſtituées ſur des particuliers, & celles conſtituées ſur les Provinces. *Voyez Gratian. Diſcept. Forenſ. cap.* 885, *n.* 4, *Kinſchot reſp.* 47, *n.* 15. Et M. Louet, en ſes Arrêts, *Lettre R. n.* 31, ſur la fin, rapporte des Arrêts pour cet avis; à quoi il faut ajouter, *Chopin de mor. Pariſ lib.* 1, *tit.* 1, *n.* 23, qui, ſavant Commentateur du Droit Coutumier de France, rapporte auſſi pluſieurs Arrêts, qui ont décidé que les rentes annuelles dues par le Roi, & aſſignées ſur les tailles, ou ſur le domaine & revenus du Roi, ou qui ſont acquiſes ſur le Roi même, ſont partagées ſelon la Loi du lieu où ſe fait la recette des deniers du Roi, & cette déciſion a été approuvée parmi nous, par deux jugements.

1°. Par les Juges en réviſion dans une cauſe même aſſez conſidérable, l'on décida que les rentes dues par les Etats de notre Province, ſeroient réglées en cas de ſucceſſion, ſuivant nos mœurs & notre Juriſprudence.

2°. Par un autre Arrêt nouvellement rendu cette année 1651, le 22 Mars, dans la cauſe du ſieur..... par lequel il a été décidé que les rentes dues ſur les Provinces, étoient compriſes ſous le nom d'immeubles, dont les mineurs n'ont point la liberté de teſter au profit de leurs Curateurs; la Cour eſtimant d'autant plus devoir ſuivre cette Juriſprudence, qu'aujourd'hui la plus grande partie de la fortune des particuliers conſiſte dans ces ſortes de rentes, & que ces particuliers ſemblent eux-mêmes déſirer que ces rentes ſoient de même nature que des fonds qu'ils auroient acquis dans ces Provinces; au lieu que ſi ces rentes étoient réputées meubles, il arriveroit que pluſieurs Loix faites très-ſagement pour l'utilité des hommes, deviendroient abſolument inutiles: car chez nous un mâle au-deſſous de vingt ans & au-deſſus de dix-huit, n'a point la faculté d'aliéner ſes immeubles. Pareilles défenſes ſont faites au mari qui n'a point d'enfans de ſa femme.

Le mineur n'a pas le pouvoir de diſpoſer par teſtament de ſes meubles au profit de ſon Curateur: quoi donc, il ſera permis à un mâle mineur, ſans donner atteinte à la Loi, d'aliéner ou de léguer ces ſortes de rentes dues par les Provinces, qui font preſque toute notre fortune, & celle des Provinces voiſines, & de priver ſes héritiers légitimes de cette partie de ſes biens les plus précieux; mais cette queſtion demande encore plus d'éclairciſſement?

Il a paru derniérement une nouvelle édition des Ouvrages de Lambert Goris, & dans les remarques dont cet Auteur a enrichi ſes Ouvrages quelque temps avant ſa mort, il propoſe, en traitant cette même eſpece, *tract.* 2, *cap.* 3, *n.* 7, deux déciſions qui ſe contrarient, & qu'il croit néanmoins pouvoir concilier; de ſorte que l'une ſoit appliquée aux rentes conſtituées ſur le Domaine de la Ville, & l'autre aux rentes ſur les Octrois & les Impôts qui appartiennent à la Province, de maniere que les premieres ſoient immeubles, & les ſecondes ſoient meubles. Cette diſtinction fondée ſur ce que les domaines ont quelque choſe de plus ſtable que les Octrois; mais outre que cette diſtinction ne réſiſte point à ce qui ſe juge parmi nous, & qu'au contraire elle le confirme, puiſque parmi nous, comme en Hollande, les Provinces en paſſant ces contrats, obligent également, & les Octrois, & leur Domaine, je ne vois pas que je puiſſe me ranger à ſon avis: car les corps

des Provinces qui doivent ces rentes, ſont également ſtables & perpétuels, & ont toujours une permanence fixe dans un même lieu; en ſorte que pour décider ſi l'on ſuivra, ou ſi l'on ne ſuivra pas la Loi de ces Provinces, il paroît aſſez indifférent qu'elles acquittent ces rentes du produit de leur Domaine, ou de tout autre revenu; à quoi il faut ajouter que dans les ſucceſſions, on n'examine pas tant ſi la choſe eſt mobiliaire de ſa nature, que la deſtination du propriétaire, ce qui ſe prouve en ce que ſi le propriétaire veut que la choſe, quoique mobiliaire de ſa nature, reſte dans un endroit pour perpétuelle demeure, cette deſtination lui donnera une aſſiette fixe dans ce lieu. Burg. *tract.* 2, *n.* 15, *in fine, & n.* 26, Argent. *ad art.* 48, *gl.* 2, *n.* 5, & elle ſera régie par les Loix de ce lieu.

Voyez les Auteurs que Mævius cite, *ad Jus Lubecenſ. quæſt.* 6, *prælimin. n.* 20, *& ſequent.* d'où l'on ſeroit fondé à dire que ceux qui conſtituent ces rentes ſur les Provinces, entendent qu'elles tiendront lieu des fonds qu'ils auroient pu y acquérir, juſqu'à ce qu'ils en redemandent le ſort principal, ou qu'ils le reçoivent; & il ne faut pas s'en rapporter à Goris, lorſqu'il dit qu'il ne répute immeubles que les rentes dont on ne ſauroit jamais redemander le principal, & qu'à l'égard de celles qui n'ont qu'une hypotheque générale, il les raie de la claſſe des immeubles, fondé ſur l'autorité de Charondas : car parmi nous la faculté convenue même expreſſément d'exiger le ſort principal dans un certain temps, n'empêche pas que la rente hypothéquée ſur un fonds, ne puiſſe ſortir nature d'immeuble, de la même maniere que parmi nous, & chez les Romains la générale & la ſpéciale hypotheque affectent tellement les biens, que l'une & l'autre ſont regardées comme immeubles.

Que perſonne ne ſoit ſurpris de ce que, ſuivant les uſages d'Utrecht, l'on ne paie pas le trentieme denier des rentes qui échéent en collatérale par la voie de ſucceſſion : car il n'eſt pas extraordinaire qu'en fait de ſucceſſion, on répute immeuble, ce qui cependant ne ſe vend pas avec les formalités des immeubles, comme l'explique très-bien Loyſeau, des Offices Vénaux, *lib.* 3, *ch.* 4, *n.* 34 *& ſuivants*, & vous en avez un exemple dans les meubles deſtinés par le propriétaire pour perpétuelle demeure dans un lieu ; ces meubles ſuivent les Loix de ce lieu, & le propriétaire néanmoins peut les aliéner en gardant

les formalités preſcrites dans le lieu pour la vente des meubles.

Il y a plus : les Coutumes de Bretagne portent préciſément que ces ſortes de rentes ſont réputées immeubles en partage de ſucceſſion & en donation des meubles, & qu'elles ſont meubles dans tous les autres cas, *art.* 425, *des Coutumes réformées* que l'on a miſes ſéparément à la ſuite des Commentaires de d'Argentré. De ce que le Prince a exempté ces ſortes de rentes qu'il doit lui-même de l'Impôt du trentieme denier, il ne s'enſuit pas pour cela qu'il les faille partager comme meubles dans les ſucceſſions des particuliers ; parce que, ſuivant la différente maniere d'enviſager ces rentes, on peut auſſi en déterminer la nature différemment. En effet, puiſque la néceſſité de l'état a demandé que le Prince conſtituât ces rentes, y a-t-il lieu de s'étonner qu'il les ait affranchies de tout retranchement, pour engager les particuliers à lui prêter, & à ſubvenir aux beſoins publics ? outre que le Fiſc n'eſt jamais favorable, & l'on auroit de la peine à en trouver d'autres raiſons, quoique (& cela peut ſe dire) vous ne puiſſiez regarder cet impôt du trentieme denier, comme fort onéreux, puiſqu'il ſe prend ſur des ſucceſſions collatérales qui font plaiſir, parce qu'elles ſont un accroiſſement de biens, principalement quand ce ſont d'amples ſucceſſions qui nous échéent dans le temps que nous nous y attendions le moins : & le ſiecle eſt ſi corrompu, que même dans la directe, il ſe trouve des enfants qui aſpirent depuis long-temps après la ſucceſſion de leur pere & mere, & qui ſouffriroient volontiers que le Fiſc leur fît ce retranchement.

J'en prends à témoins ces enfants dénaturés, qui trouvent que leurs peres vivent trop long-temps, & qui comme des vautours ſouhaitent la mort de ceux qui leur ont donné la vie, pour recueillir leurs ſucceſſions ; mais ce n'eſt pas ici le lieu de nous récrier contre cette impiété.

J'ajouterai une choſe aſſez ſinguliere remarquée par Grotius, qui eſt que par *l'art.* 9, du Droit que l'on appelle *Jus Aſdomicum*, les ſucceſſions mobiliaires ſe reglent ſuivant les Loix du lieu où la perſonne eſt décédée, & non pas où elle avoit ſon domicile : c'eſt pourquoi, ſi un jeune homme eſt allé ſe réjouir dans un lieu ſoumis à la Loi d'Echevinage, & qu'il y meure ſubitement, ſes biens ſeront partagés ſuivant le Droit de l'Echevinage. *Voyez Grot. in Sijn inleydinge, lib.* 2, *p.* 26 *in fin. & Groenewege.*

## OBSERVATION XVII.

C'Est une voix preſque unanime, dit notre Auteur, que les biens doivent être régis par la Loi de la ſituation; c'eſt une maxime très-ancienne dans le Royaume; nous trouvons un acte de 1249, par lequel un vaſſal demandoit au Roi ſaint Louis, d'être jugé en ſa Cour Royale, au ſujet de quelques Châteaux, *ſecundùm uſus & conſuetudines locorum ubi ſita ſunt dicta caſtra.* Le P. Martenne, en ſon Livre intitulé, *Veterum Scriptorum, &c. Collectio, collumna ſecunda, tom. prim. pag.* 1303 & 1304. Notre Auteur applique ce principe aux Statuts qui diſpoſent des choſes, ſans d'ailleurs que le miniſtere de l'homme ſoit néceſſaire.

Cette déciſion eſt celle de pluſieurs de nos Coutumes: Laon, *art.* 57; Châlons, 66; Rheims, 238; Amiens, 96; Verdun, *art.* 4, *tit.* 5; Chauny, 56; Ponthieu, *tit.* 1, *art.* 2; Boullenois, *art.* 150; Perronne, 201; Artois, 152; Vermandois, 57; Bretagne, 201; Normandie, *art.* 67, du Réglement de 1666.

Ce principe eſt vrai dans l'application qu'en fait notre Auteur à des Statuts où il n'eſt point queſtion du miniſtere de l'homme, & où la Loi n'enviſage point ſon état & ſa condition; mais Burgundus en fait uſage généralement pour tous Statuts qui diſpoſent des biens, encore même que ces Statuts exigent le miniſtere de l'homme, & diſpoſent des biens par la ſuite de l'état & de la condition de la perſonne.

Notre Auteur a ſuffiſamment réfuté ce ſyſtême de Burgundus, dans le chapitre précédent, où il a fait voir que l'homme portoit par-tout ſon état & ſa condition, même quant aux biens ſitués ailleurs, quand il étoit queſtion de décider de la diſpoſition des biens, par le ſeul motif de l'état & de la condition de la perſonne, en ſorte que dans le concours du Statut perſonnel du domicile & du Statut perſonnel de la ſituation, ce premier l'emportoit ſur le ſecond, même par rapport à la diſpoſition des biens.

Mais de l'aveu preſque général, la Loi de la ſituation régit entiérement & ſans reſtriction les biens, quand ſa diſpoſition

n'eſt faite que pour les biens que la Loi a eu en vue principale & directe de diriger les biens, & qu'elle n'en diſpoſe pas par la ſuite & la dépendance de l'état & de la condition de la perſonne. *Plura ejuſdem hominis prædia ſunt, & diverſis territoriis ſita, diverſo etiam jure, Legibus & conditionibus reguntur, capiuntur, transferuntur, acquiruntur, non aliter quàm ſi plura plurium eſſent patrimonia, quia quoties unum & idem diverſo jure regitur, pro pluribus habetur.* D'Argentré, *art.* 218, *n.* 9 & 10, & plus bas au nombre 24, il ajoute *de hac controverſia ne pueri quidem dubitant.*

L'exemple en eſt ſenſible dans les Loix qui preſcrivent la maniere de partager les ſucceſſions. C'eſt par le principe de la réalité, que Philippe le Bel adjugea le Comté d'Artois, vacant par la mort de Robert II, à Mahaud ſa fille, par préférence à Robert d'Artois, petit-fils de Robert II, & neveu de Mahaud, fondé ſur ce que la repréſentation n'avoit pas lieu dans le Comté d'Artois.

## *PREMIERE QUESTION.*

Dans les Pays de Droit écrit on ne connoît pas de propres. Cicéron, en ſon Oraiſon *pro Cornelio Balbo*, atteſte que cette maxime avoit lieu de ſon temps: *Apud Romanos nullam fuiſſe prædiorum gentem.* Toute la ſucceſſion appartient aux plus proches parents. Au contraire, dans les Pays Coutumiers, la regle *paterna paternis* a lieu, & cette regle forme des différences conſidérables dans les ſucceſſions.

En effet, tel ne peut pas ſuccéder dans une Coutume qui peut ſuccéder dans tout autre endroit du Royaume. Les enfants mâles & femelles ſuccéderont à Paris également en ligne directe, excepté les prérogatives de l'aîné dans les Fiefs; mais dans la Coutume de Normandie, les filles, ou deſcendants des filles, quoique mâles, ne prendront ſur les biens régis par cette Coutume que *mariage avenant*, tant qu'il y aura des mâles, ou deſcendants d'eux; en ſorte que pour la liquidation du mariage avenant, on ne fait entrer dans la maſſe que les biens de Normandie, & quant aux biens ſitués ailleurs, les filles les partagent conformément aux Coutumes de leur ſituation. Everard, *ch.* 2, de ſa méthode pour liquider les mariages avenants.

Dans la même Coutume de Normandie, les ſœurs ſeront excluſes par les freres en collatéral; mais à Paris elles partageront les rotures indiſtinctement, & ne ſeront excluſes que des Fiefs.

A Paris, ſi les filles ſont dans le dégré ſupérieur, elles concourront dans les Fiefs propres, ou acquêts avec les mâles qui ne viennent que par repréſentation, ſoit qu'ils repréſentent des mâles, ou qu'ils repréſentent des femelles. Hors ce cas, les filles qui viendroient même de mâles, ſeront toujours excluſes par les mâles qui auront, ou le dégré ſupérieur, ou le dégré égal. Cela s'obſerve de même dans la Coutume de Chartres, ainſi qu'il a été jugé par un Arrêt de Réglement du 29 Décembre 1735, rendu ſur les concluſions de M. Chauvelin, Avocat-Général; mais dans pluſieurs autres Coutumes, les filles même dans le dégré ſupérieur, ſeront excluſes par des mâles appellés à la ſucceſſion.

La Coutume de Nivernois eſt une Coutume de forcluſion indéfinie des femelles dans quelque dégré qu'elles ſoient, quand il y a des mâles; mais il y a cinq villes exceptées, & entre autres la Ville & Prévôté de Clamecy, & non la Châtellenie. Ce qui a fait naître des conteſtations pour en connoître les bornes; mais voyez là-deſſus la Diſſertation de M. Née de la Rochelle, *page* 405, en ſes Mémoires ſur Nivernois.

Si un homme meurt ayant des biens répandus dans différentes Coutumes, il y aura autant de partages qu'il y aura de Coutumes différentes. Nous en avons une déciſion bien authentique de M^e Ch. du Molin, ſur *l'art.* 140 de la Coutume de Senlis. Cette Coutume rejette la repréſentation collatérale, pendant que d'autres l'admettent, même entre neveux, à l'excluſion de l'oncle du défunt. Voici la Note de M. Ch. du Molin. *Quidam ſine liberis obiit ſub hac conſuetudine, relictis quatuor patruis, & quatuor nepotibus, & duabus neptibus ex ſorore. Reſpondi quoad mobilia ubicumque ſita, (quia ſequuntur domicilium perſonæ) omnes venire æqualiter; idem de immobilibus acquiſitis ſub hac vel ſimili conſuetudine: ſecus in conſuetudine Valeſii, vel ſimili, ubi ſoli nepotes & neptes veniunt viriliter.* Ce qui a fait dire au même Auteur, *art.* 92 de l'ancienne Coutume, que *ſucceſſiones diverſorum reputantur ob diverſas conſuetudines.*

M.

M. Réné Chopin dit qu'il ſe ſouvient que l'on ſuivit la différente ſituation des biens dans la ſucceſſion du ſieur de Creſſé, *atque adeo memini in inclitâ gente de Creſſe pridem à Senatu Decretum, trinam fieri hæreditariorum partitionem fundorum qui per medios Andes, Turones, ac Pictones diſperſi erant, Legibuſque totidem municipalibus tenebantur; arreſto poſtridiè Kalend. quint. an.* 1583, *in familiæ erciſcundæ judicio Caroli, & Lucretiæ Tourpinæ cui patronus aderam, litigatorum Franc. Alegrino, conſcripto Curiæ, litem collegis ſuis referente.* Sur Anjou, *lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 15.

Voici un Arrêt rendu en 1711, dans le cas d'une ſucceſſion où les biens ſe trouvoient répandus dans différentes Coutumes, dont les unes étoient de côté & ligne; les autres ne remontoient qu'à celui dont le défunt *de Cujus*, avoit recueilli la ſucceſſion, & les autres étoient ſoucheres.

1°. Le ſieur Nicolas-François Couart, Avocat au Parlement, avoit des propres venants de Marie Guiot ſa mere, qu'elle avoit recueillis du ſieur Pierre Guiot ſon pere, aïeul de Nicolas-François, ſitués ès Coutumes de Paris, Orléans & Eſtampes. On les adjugea au ſieur Guiot, Notaire. La raiſon de cette diſpoſition eſt qu'à l'égard des biens procédants des Guiot, & ſitués, ſoit à Paris & Orléans, ſoit à Eſtampes, le ſieur Guiot, Notaire, y étoit ſeul appellé; ſavoir, à ceux ſitués à Eſtampes, parce qu'il étoit parent plus proche de celui *de Cujus*, du côté de Marie Guiot; & qu'à Eſtampes il ne falloit pas remonter plus haut que la Dame Guiot, par le décès de laquelle le défunt *de Cujus* avoit recueilli leſdits biens; & parce qu'à l'égard de ceux ſitués à Paris & à Orléans, & venants du pere de Marie Guiot, ces Coutumes ſont de côté & ligne, & que le ſieur Guiot étoit le plus proche de côté & ligne.

Ainſi il étoit aſſez indifférent que les biens dont eſt queſtion dans ce premier chef, fuſſent ſitués à Paris & à Orléans, Coutume de côté & ligne, ou fuſſent ſitués à Eſtampes, parce que venants de Marie Guiot, mere de celui *de Cujus*, laquelle les avoit recueillis dudit ſieur Guiot ſon pere, ils appartenoient également au ſieur Guiot, Notaire, plus proche parent de côté & ligne, & plus proche de Marie Guiot.

2°. Le défunt *de Cujus* avoit des biens venants de Marie Guiot, mais qu'elle avoit recueillis de Marie Laureau ſa mere, & d'autre Marie Laureau ſa couſine-germaine, ſitués à Eſtam-

pes; on les adjugea pareillement audit ſieur Guiot, Notaire.

C'eſt encore par la raiſon, que dans la Coutume d'Eſtampes, on ne remonte qu'à celui, ou celle par le décès de qui les choſes ſont parvenues à celui *de Cujus*.

Ainſi les biens ſitués à Eſtampes, échus à Marie Guiot, mere du défunt *de Cujus*, par le décès des deux Marie Laureau, l'une mere de ladite Marie Guiot, & l'autre ſa couſine, avoient perdu leur affectation aux Laureau, & ne devoient plus être conſidérés dans la ſucceſſion de celui *de Cujus*, que du chef de Marie Guiot, pour appartenir aux plus proches parents du défunt, du côté de ladite Marie.

Si Marie Guiot étoit décédée ſans enfants, il eſt certain que les biens d'Eſtampes venants des deux Marie Laureau, auroient, dans ſa ſucceſſion, appartenu aux plus proches parents d'elle du côté des Laureau, & c'étoit Marie Hoyau, & depuis Marie Blachon.

3°. Il y avoit dans la même ſucceſſion des propres venants des pere & mere de Marie Guiot, ſitués à Chartres; on les adjugea au ſieur Guiot, toujours par la raiſon que dans la Coutume de Chartres, comme dans celle d'Eſtampes, on ne remonte pas plus haut qu'à celui par le décès duquel le défunt *de Cujus* a recueilli les biens. Voyez Guinée ſur la Regle *Paterna paternis*, où il y a Arrêt précis.

Marie Guiot avoit recueilli les ſucceſſions de ſes pere & mere: ſi elle étoit décédée ſans enfants, il auroit fallu, par rapport à ces biens de Chartres & à ceux d'Eſtampes, remonter aux plus proches parents d'elle, tant du côté de ſon pere, que du côté de ſa mere, & diſtinguer les biens; mais dans la ſucceſſion de ſon fils, il ne faut remonter qu'à elle pour donner ces biens, propres, ou acquêts au plus proche parent, indiſtinctement, du fils du côté de la mere.

4°. Il y avoit des propres ſitués à Paris & à Orléans, venants de Marie Guiot, procédants de Marie Laureau, aïeule du défunt, & d'autre Marie Laureau ſa couſine, & encore procédants de Jacqueline Petit, fille de Jacqueline Laureau. On les adjuge à Marie Hoyau & à Marie Blachon ſa fille.

Ces biens ſitués à Paris & à Orléans ſuivoient le côté & ligne de l'Acquéreur: ils venoient des Laureau, & devoient, par cette raiſon, retourner aux Laureau.

5°. Il y avoit des biens ſitués dans la Coutume de Dourdan;

on les adjuge à Jeanne Filion & ſes conſorts, comme plus proches héritiers de Nicolas-François Couart, enſemble tous les meubles & acquêts.

Les biens ſitués à Dourdan, pouvoient être acquêts; mais ſoit acquêts, ſoit propres, ils appartenoient indiſtinctement à ladite Filion & à ſes conſorts, comme plus proches héritiers, parce qu'il ne ſe trouvoit aucun deſcendant de l'acquéreur, & que cette Coutume eſt ſouchere.

6°. Il y avoit encore des propres qui venoient de Marie Godin, biſaïeule de celui *de Cujus*, & d'autres qui venoient de la mere de Marie Laureau, petite-fille d'Etienne, & comme telle, couſine iſſue de germain de Marie Guiot, qui avoit été ſon héritiere, ſitués dans les Coutumes de Paris & d'Orléans; on les adjuge auxdits Filion & conſorts.

Ces biens de Marie Godin & de ladite Marie Laureau, couſine de Marie Guiot, & que Marie Guiot avoit recueillis, ſitués à Paris & à Orléans, ont été adjugés aux Filion & conſorts, comme plus proches parents de celui *de Cujus*, parce qu'il ne paroiſſoit aucun parent de leur côté & ligne, & que dès-lors il falloit regarder ces biens comme acquêts, pour être donnés aux plus proches parents de celui *de Cujus*.

Il y avoit encore des propres venants de Mathurin Couart; l'Arrêt n'y prononce pas, ils appartenoient inconteſtablement aux plus proches parents, & en outre parents du côté des Couart: auſſi ne les leur diſputoit-on pas. On trouvera l'Arrêt à la fin de cette Diſſertation.

Dans la Coutume d'Angoumois, l'héritier préſomptif peut être légataire des meubles & acquêts, & même des propres; mais à cet égard, juſqu'à concurrence ſeulement de la part & portion qu'il prendroit dans les propres, s'il ſuccédoit, *art.* 51, parce que dans cette Coutume on ne peut avantager l'un de ſes héritiers préſomptifs dans les propres plus que l'autre; en ſorte qu'encore que dans cette Coutume l'on puiſſe diſpoſer du tiers de ſes propres au profit d'un Etranger, cela ne ſe peut au profit de l'héritier préſomptif, quand ces tiers excedent ſa portion héréditaire dans les propres; c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 30 Mars 1730, au rapport de Mr Rolinde, & telle eſt la force & l'autorité de la Loi de la ſituation.

## *SECONDE QUESTION.*

Il y a pluſieurs Coutumes dans le Royaume, qui excluent nommément le ſurvivant des conjoints de la ſucceſſion du prédécédé qui eſt mort ſans héritiers, comme Bourbonnois, *art.* 228; d'autres qui la rejettent indirectement en ce qu'elles admettent le Seigneur haut Juſticier, non-ſeulement par préférence au conjoint ſurvivant; mais même par préférence aux héritiers d'une ligne qui voudroient à défaut d'héritiers de l'autre ligne, ſuccéder aux biens de la ligne défaillante. Normandie, *art.* 245; Maine, 286; Anjou, 268.

Enfin, il y en a qui préferent les conjoints ſurvivants au Fiſc & à tous Seigneurs Juſticiers : *his poſitis*, un homme eſt domicilié dans l'une des Coutumes qui excluent le conjoint: il y a ſes meubles, il y a des fonds; mais il a pareillement des fonds dans d'autres Coutumes, qui ne rejettent pas la ſucceſſion d'entre conjoints. Cet homme décede ſans héritiers; ſa veuve, par la réalité des Coutumes, ſera excluſe des biens ſitués en Bourbonnois, Normandie, &c. mais elle ſuccédera dans les autres Coutumes. Le Brun des ſucceſſions, *Liv.* 1, *chap.* 7, *n.* 32.

## *TROISIEME QUESTION.*

En Bourgogne, avant l'Ordonnance de 1747, les dégrés en fait de ſubſtitution ſe comptoient par générations & non par têtes; & comme cette Ordonnance n'a rien voulu changer par rapport aux ſubſtitutions antérieures, il eſt certain, en ſuivant les principes de la réalité, que, ſelon que les biens ſeront ſitués en Bourgogne, il faudra compter les dégrés par générations, quant aux anciennes ſubſtitutions. Voyez ci-après les deux actes de notoriété que j'ai recueillis pour la Bourgogne.

## *QUATRIEME QUESTION.*

Dans tout le Pays Coutumier, la maxime, *le mort ſaiſit le vif*, a lieu; c'eſt la maxime du monde, dit Tiraqueau.

L'effet de cette maxime eſt que la poſſeſſion qu'avoit le défunt, paſſe à l'inſtant de ſon décès en la perſonne de ſon

héritier. M. Cujas, *ad L. cum notiſſimi*, 7, *C. de præſcript.* 30 *vel* 40, *ann. edit. de Fabrot, col.* 1081, en fait la remarque. *In hoc regno obtinuit ut à defuncto protinus poſſeſſio continuetur in hæredem qualemcumque, hoc eſt quod dicitur*, le mort ſaiſit le vif. Il obſerve en même-temps que cette maxime s'eſt introduite par la mauvaiſe interprétation que l'on a donnée à la Loi, *cum miles*, 30, *ff. ex quibus cauſis majores*, *&c.* Mais écoutons M. Ch. du Molin, le Prince de la Juriſprudence Coutumiere. *Hæres ab inteſtato ſtatim à puncto obitus defuncti non ſolum æque plene, ſed etiam æque libere poſſeſſor eſt; diſponere & uti poteſt ut poterat defunctus.*

Cette poſſeſſion de l'héritier n'eſt pas différente de celle du défunt; c'eſt la même poſſeſſion qui eſt continuée par l'héritier qui paſſe de l'un à l'autre. *Virtus & effectus hujus conſuetudinis nihil aliud eſt quàm continuatio poſſeſſionis à moriente in ejus hæredem, & ſic non eſt nova, nec alia, ſed omnino, & identice eadem ipſa poſſeſſio numero, & eſſentialiter, quæ, & qualis erat penes defunctum in puncto mortis.*

Cette maxime du Pays Coutumier ne s'entend proprement que de l'héritier du ſang; tout autre héritier inſtitué par teſtament, eſt regardé comme ſimple légataire; *qui ex teſtamento, vel codicillis vocantur, pro legatariis habentur.* Si ce n'eſt dans le Pays de Droit écrit, où l'héritier teſtamentaire eſt également ſaiſi; mais avec cette différence que dans le Pays Coutumier, l'héritier *ab inteſtat* qui eſt ſaiſi, *non alio adminiculo, vel præparatorio indiget ad executionem, ſeu exercitium ſuæ poſſeſſionis & poteſtatis;* au lieu que dans le Pays de Droit écrit l'héritier inſtitué, quoique ſaiſi, ne doit pas s'immiſcer avant que le teſtament ait été ouvert & publié. *Debet enim prius aperiri, & publicari teſtamentum coram Judice competenti;* en ſorte qu'encore qu'il ſoit ſaiſi, *habitu vel actu, quia conſuetudo ſtatim veritatem operatur, non tamen habet exercitium, ſaltem plenarium, nec ſe immiſcere debet ante dictam publicationem, niſi ad bonorum conſervationem, vel in tempore perituris.* Du Molin, *art.* 299, de la Coutume de Bourbonnois, dans le Commentaire qui ſe trouve dans la Bibliotheque des Coutumes, que M. Berroyer a donné au public.

Cela préſuppoſé, un homme eſt domicilié dans le Pays de Droit écrit; il a des biens dans le Pays Coutumier, il inſtitue un héritier de tous ſes biens. Cet héritier teſtamentaire qui eſt

ſaiſi en Pays de Droit écrit, ſera-t-il ſaiſi dans les Pays de Coutume ? M. Ch. du Molin répond à ma queſtion dans l'endroit ci-deſſus cité. *Ita regulare eſt ſolum hæredem ab inteſtato ſaiſitum eſſe, & ita obtinere debet, non obſtante quavis teſtamentaria, aut aliâ ultimæ voluntatis diſpoſitione, niſi ubi aliud expreſſe Statutum ſit, & quoad bona ibi ſita duntaxat,* & c'eſt ce qui eſt décidé par l'Ordonnance de 1735, *art.* 73, qui porte que dans tous les cas où les inſtitutions d'héritiers ne vaudront que comme legs univerſels, ou comme legs particuliers, elles ſeront ſujettes à délivrance, & aux réductions portées par les Coutumes. La raiſon en eſt, que s'il eſt héritier dans le Pays de Droit écrit, il n'eſt qu'un légataire dans les Pays de Coutumes. Voyez encore du Molin, ſur *l'art.* 1, du *chap.* 15, de la Coutume d'Auvergne.

## *CINQUIEME QUESTION.*

La Coutume de Paris, en *l'art.* 300, porte qu'aucun ne peut être héritier & légataire d'un défunt enſemble, & cette diſpoſition qui eſt preſque de toutes les Coutumes, n'eſt pas faite ſeulement pour la directe; elle eſt encore pour la collatérale; au contraire, il eſt quelques Coutumes où l'on peut être héritier, légataire & donataire en quelque ligne que ce ſoit, comme à Amiens. Voyez Ricard, *art.* 92 de cette Coutume, & l'Arrêt du 24 Mars 1683, les moyens des parties ſe trouvent au Journal du Palais; mais ci-après, l'on trouvera la Sentence & l'Arrêt.

*His poſitis*, peut-on être héritier & légataire dans une même Coutume ? peut-on l'être en différentes Coutumes, quand les unes & les autres admettent la maxime, *nul ne peut être héritier & légataire d'un défunt ?*

L'eſprit de nos Coutumes dans ces diſpoſitions, eſt que celui qui eſt héritier, & par conſéquent qui prend de la diſpoſition de la Loi, ne prenne pas encore de la diſpoſition de l'homme, au préjudice de ceux qui ſont héritiers comme lui dans la même ſucceſſion.

On dit au préjudice de ceux qui ſont héritiers comme lui, parce que cette incompatibilité n'eſt pas abſolue, mais purement relative aux héritiers à qui la jonction de ces qualités pourroit préjudicier.

Ainſi la Coutume n'a admis cette incompatibilité qu'en faveur de ceux qui concourent comme héritiers dans une même ſucceſſion, pour empêcher les prélegs, & qu'un héritier n'enleve à ceux qui ſont auſſi héritiers une partie, ou le tout de ce que la Loi deſtine à chacun d'eux.

C'eſt pourquoi, ſi le teſtateur n'a qu'un héritier préſomptif, ou que tous les autres aient renoncé; cet héritier peut cumuler les deux qualités, parce que, par la jonction de ces qualités, il ne fait tort à perſonne, & que, qui que ce ſoit qui n'eſt pas héritier, n'a droit de critiquer les différentes qualités qu'un héritier ſeul préſomptif peut prendre dans une ſucceſſion.

C'eſt delà qu'on a jugé, 1°. qu'un légataire univerſel ne pouvoit pas empêcher un héritier préſomptif, d'être en même-temps héritier actuel & légataire particulier, par Arrêt du 17 Mai 1677, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, *Journ. du Parl.*

On cite encore pour autoriſer cette déciſion, un autre Arrêt plus récent, du 19 Février 1734, rendu en la Grand'Chambre, entre M. de Broglie & la D^lle^. de Châtillon.

2°. On a encore jugé, que des couſins iſſus de germains exclus par leur dégré inférieur, ne pouvoient être admis à prendre les quatre quints des propres au préjudice des couſins-germains héritiers préſomptifs; mais dont les uns étoient légataires univerſels, & les autres légataires particuliers; quoique ces couſins iſſus de germains demandaſſent ces quatre quints comme à eux dévolus, au moyen de ce que ceux du dégré ſupérieur avoient renoncé à la ſucceſſion. Arrêt du 23 Août 1715, au rapport de M. de Tourmont.

Ce que nous venons de dire eſt exactement vrai & avoué de tout le monde, entre cohéritiers d'une même nature de biens, par exemple, entre cohéritiers des meubles & acquêts, entre cohéritiers des propres paternels. Les premiers ne pourroient pas être héritiers de leur part & portion dans les meubles & acquêts, & prendre encore comme légataires quelqu'autre portion dans les mêmes meubles & acquêts. Les ſeconds, après avoir pris comme héritiers part & portion dans les propres paternels, ne pourront pas comme légataires prendre encore part dans les mêmes propres.

Mais on a demandé ſi un héritier préſomptif qui étoit appellé à recueillir ſeul les meubles & acquêts, & encore les

propres d'un certain côté & ligne, pouvoit être héritier de ces propres, & légataire des meubles & acquêts, vis-à-vis les héritiers des propres de l'autre côté & ligne, non appellés aux meubles & acquêts par la Loi comme plus éloignés, & il ſembleroit d'abord ſur cette queſtion, que ce ſoit le cas d'oppoſer l'incompatibilité portée par la Loi. Cet héritier eſt tout à la fois légataire & héritier non-ſeulement dans une même ſucceſſion, mais dans une même Coutume, & vis-à-vis de ceux qui ſont héritiers dans la même ſucceſſion & dans la même Coutume; mais nonobſtant ces raiſons, je me déterminerois volontiers pour la compatibilité des qualités en cette eſpece. Ma raiſon eſt que les héritiers des propres maternels ne ſont pas appellés aux meubles & acquêts, puiſqu'il y en a de plus proches qu'eux, & c'eſt ici où j'emploierois volontiers la note de M. Ch. du Molin, *art.* 33, de la Coutume de Paris, *n.* 99, *non ſunt cohæredes inter ſe, quia licet ſuccedant eidem perſonæ, tamen ad diverſa bona.* Ainſi l'héritier des propres paternels appellé à recueillir encore les meubles & acquêts, ne fait aucun préjudice aux héritiers maternels, en ſe portant héritier des propres paternels, & légataire des meubles & acquêts.

On a encore demandé ſi l'héritier des propres maternels, non appellé à recueillir les meubles & acquêts, pourroit être héritier de ces propres maternels, & légataire des meubles & acquêts, & même du quint des propres paternels, & il y a ſur cette queſtion des avis pour & contre.

Renuſſon, en ſon Traité des propres, *ch.* 3, *ſect.* 11, *n.* 18, & le Maître, ſur la Coutume de Paris, de Ferriere en ſon petit Commentaire, ſur la même Coutume, édition revue par M^e. Sauvant d'Aramont, *art.* 300, & M^e. Euſebe de Lauriere en ſes notes ſur les Inſtit. Coutum. de Loiſel, *Liv.* 2, *tit.* 4, *régl.* 12, ſont pour l'affirmative.

Leur raiſon de décider eſt que, à la vérité, on ne peut pas être héritier & légataire des biens dans leſquels on prend part comme héritier, parce que cette maſſe de biens forme une même ſucceſſion; mais que quand il y a des biens dans leſquels on ne prend rien comme héritier, on peut les prendre comme légataire, encore qu'on ſoit héritier dans d'autres biens, attendu que ces différents biens, quoique ſitués dans la même Coutume, forment différents patrimoines, & par conſéquent

différentes

différentes ſucceſſions, & M. le P. Bouhier, *ch.* 30, *n.* 63, a embraſſé cet avis.

Carondas, Auzanet & Ricard ſont d'un avis contraire, parce que dès qu'une perſonne a fait choix de la qualité d'héritier, il a fait choix d'une qualité incompatible avec celle de légataire, quand ces deux qualités tendent à préjudicier à ceux qui ſont héritiers du même défunt dans une même Coutume; & je crois cette déciſion meilleure que la premiere.

Delà il eſt facile de conclure que ſi les héritiers des propres paternels & maternels, étoient également appellés aux meubles & acquêts, aucuns d'eux en ſe portant héritiers, ne pourroient être légataires de la totalité des meubles & acquêts, au préjudice de leurs cohéritiers.

Mais quelqu'un d'entre eux pourroit-il être héritier de ſa portion des propres, & légataire auſſi de ſa portion des meubles & acquêts? j'eſtimerois que cela ſe peut, fondé ſur le principe qui fait ma bouſſole, qui eſt que l'héritier légataire ne fait aucun préjudice à ſes cohéritiers. Il ne diminue en rien la portion qui leur eſt dévolue par la Loi; ainſi ils n'ont point à ſe plaindre; l'incompatibilité n'ayant été admiſe que pour empêcher que des cohéritiers ſe fiſſent tort les uns aux autres, & que les uns, après avoir pris, comme héritiers, ce que la Loi leur donnoit, ne priſſent encore, comme Légataires, ce que la Loi ne leur donnoit pas, & qui appartenoit aux autres.

Je ne puis m'empêcher de regarder cette eſpece comme purement idéale: car pourquoi cet héritier, qui, en ſa qualité d'héritier, prend déja ſa part dans les propres, & qui, dans la même qualité, peut avoir ſa portion des meubles & acquêts, ira-t-il s'embarraſſer dans une qualité de Légataire qui ne lui ſert à rien? Seroit-ce pour ne pas payer de dettes, en ſa qualité de Légataire, en ne ſe regardant que comme Légataire particulier? Mais je dis, dans ce cas, qu'il faut le regarder comme Légataire d'une quotité, pour payer également ſa part des dettes; autrement il préjudicieroit aux autres cohéritiers, & dès ce moment il ne pourroit plus être Légataire.

Ce que nous venons de dire eſt pour le cas où les biens ſont renfermés dans une ſeule Coutume.

## *SIXIEME QUESTION.*

Mais il y a bien plus de difficulté, si les biens sont situés en différentes Coutumes : car c'est pour lors qu'on peut dire, à plus juste raison, qu'il y a autant d'hérédités différentes, qu'il y a de Coutumes différentes. En effet, on partage d'une maniere dans une Coutume, & on partage d'une autre maniere dans une autre Coutume. Ici la fille de l'aîné prédécédé, prendra le préciput dans les Fiefs qu'auroit pris son pere. Là ce sera le puîné mâle. Ici la fille sera héritiere, & là elle sera exclusе, & ces différentes opérations semblent ne pouvoir se soutenir qu'en admettant différentes hérédités entiérement indépendantes les unes des autres.

Pour l'examen de cette question, l'on peut considérer trois sortes de Coutumes, celles qui admettent des prélegs, celles qui sont muettes sur l'incompatibilité des deux qualités, & celles qui admettent cette incompatibilité.

### *Coutumes qui admettent des prélegs.*

Quant aux Coutumes qui admettent des prélegs, on ne fait pas de difficulté qu'on peut être héritier dans une Coutume d'incompatibilité, & héritier & légataire dans celle qui admet des prélegs, si les biens légués y sont situés, parce que les Coutumes où l'on prend comme Légataire, le permettent ainsi, & que le Légataire ne prend, en vertu de la disposition de l'homme, que par la permission & sous la dépendance de la Loi. M^e^ Jean-Marie Ricard, en son Traité du Don Mutuel, *n.* 330, rapporte un Arrêt qui semble avoir jugé le contraire, mais qui va nous fournir occasion de développer des maximes essentielles.

Augustin le Boucher, Chanoine de Beauvais, & y ayant son domicile, étant tombé malade à Paris, de la maladie dont il décéda, fit son testament, par lequel, entre autres dispositions, il légua 7000 livres à sa sœur. Il avoit partie de ses biens situés dans la Coutume de Senlis qui régit la Ville de Beauvais où l'on ne peut être héritier & Légataire en collatérale, & une autre partie de ses biens régis sous Amiens, où ces deux qualités sont compatibles. La Légataire vouloit prendre son legs

de 7000 livres ſur les biens d'Amiens, & conſerver la qualité d'héritiere dans les deux Coutumes; les autres héritiers ſoutenoient que les qualités des Parties devoient être réglées par la Coutume de Senlis, domicile du défunt. Ainſi jugé, dit Ricard, par Arrêt du 24 Mars 1645, en la Grand-Chambre, & la ſœur, Légataire de 7000 livres, fut déboutée de ſa prétention. Le motif de déciſion que Ricard donne à cet Arrêt, eſt que ces ſortes de prohibitions d'être héritier & Légataire, ſont perſonnelles, parce qu'elles ne concernent la choſe en façon quelconque, & n'ont rien de commun avec la Coutume de la ſituation, mais bien avec celle du domicile du défunt.

J'avouerai que je ne ſaurois gouter cette raiſon. Je ne conçois pas comment la prohibition d'être héritier & Légataire, ne concerne la choſe en façon quelconque, & comment elle n'a rien de commun avec la Coutume de la ſituation. Cette prohibition n'enviſage-t-elle pas directement les biens? N'eſt-ce pas à raiſon du partage que la Coutume en fait, qu'elle a admis la prohibition, ſans laquelle ce partage ſeroit troublé, dérangé, altéré?

D'ailleurs ſi cette prohibition eſt perſonnelle, ſi elle dépend de la ſeule Loi du domicile du défunt, la même perſonne pourra donc joindre les deux qualités, ſi la Loi du domicile le permet, encore que la Loi de la ſituation le défende, & elle ne le pourra pas, quoique la Loi de la ſituation le permette, ſi la Loi du domicile le défend: je ne puis admettre ces principes.

Qu'a donc jugé l'Arrêt rapporté par Ricard? Il a jugé, ſelon moi, que s'agiſſant d'un legs mobilier, c'eſt effectivement la Coutume du domicile du défunt qui régit cette diſpoſition mobiliaire, en ſorte que cette Loi du domicile prononçant contre l'héritier, une incompatibilité d'être en même-temps Légataire, il ne peut jamais être héritier & Légataire d'aucun mobilier quel qu'il ſoit. C'eſt par la ſuite des mêmes principes que le Parlement a jugé l'eſpece ſuivante.

M. de Chaillon, Conſeiller en la Cour, tombe malade en ſa Terre de Mezieres, ſituée dans la Coutume de Dreux, & y décede dans les vacances de 1738, après avoir fait ſon teſtament pardevant André Tramblier, Tabellion de la Châtellenie de Mezieres, le 19 Octobre 1738, par lequel il donne à la Dame de Chaillon ſon épouſe, la ſomme de 30000 livres,

tous les meubles meublants du Château de Mezieres, eſtimés à la ſomme de 40000 livres, & tous les bagues & joyaux appartenants, tant audit ſieur Teſtateur, qu'à la Dame de Chaillon, le tout ſuivant la Coutume de Dreux.

La Coutume de Dreux ne contient pas de prohibition aux conjoints, de diſpoſer au profit l'un de l'autre par teſtament: dans cette Coutume, l'un eſt capable de donner, l'autre eſt capable de recevoir.

On alléguoit dans cette affaire quantité de nullités contre le teſtament que l'on regardoit d'ailleurs comme n'étant pas l'ouvrage de M. de Chaillon, qui pour lors étoit dans une extrêmité de maladie ſi grande, qu'il n'avoit pas pu même ſigner; mais l'on ne s'eſt pas arrêté, par l'Arrêt, aux nullités propoſées. Auſſi le fort de la Plaidoierie tomba ſur la validité du legs particulier fait par M. de Chaillon à ſa femme. La cauſe fut plaidée par deux grands Acteurs. Toute la France, & je ne dis peut-être pas aſſez, a connu la force de l'éloquence de défunt M^e^ Cochin, & l'on ſait qu'il ne laiſſoit rien à déſirer dans la défenſe de ſes Parties. Il étoit pour Madame de Chaillon; M^e^ Gueau de Reverſeaux étoit pour les héritiers de M. de Chaillon, & ſon Mémoire imprimé fait voir avec quelle ſolidité il les défendoit. Voici un petit abrégé des moyens propoſés de part & d'autre.

De la part des héritiers de M. de Chaillon, ils n'oſoient pas contredire ouvertement la réalité du Statut qui permet, ou défend aux conjoints de ſe donner; mais ils s'efforçoient habilement d'en diminuer l'autorité & la certitude.

Pluſieurs Auteurs effectivement l'ont eſtimé perſonnel. Il l'étoit chez les Romains, par cette raiſon que la défenſe avoit pour objet de prévenir le divorce qui avoit lieu chez eux. Parmi nous où le divorce n'eſt pas admis, l'union, la concorde, la paix à maintenir entre les conjoints, ont paru à pluſieurs un motif ſuffiſant pour enviſager cette défenſe comme perſonnelle, & tendante au bonheur & à la ſatisfaction des conjoints. Voyez Coquille, Ricard & pluſieurs autres.

D'autres au contraire l'ont cru réel, & ont eſtimé que cette défenſe n'étoit que pour la conſervation des biens dans les familles, en prévenant des libéralités que les conjoints ſeroient trop à portée de faire volontairement, ou de ſurprendre par force & ſéduction; & il faut convenir que la derniere Juriſ-

prudence du Royaume, & celle des Pays-Bas, eſt pour ce parti. Il faut donc, dans l'examen de notre queſtion, partir d'après ce principe.

Auſſi ces mêmes héritiers de M. de Chaillon s'appliquerent-ils à prouver qu'il étoit inutile d'agiter la perſonnalité, ou la réalité du Statut, parce que le Teſtateur n'avoit diſpoſé que d'effets qui ſuivent la Loi du domicile, & qui doivent ſe régler par cette Loi.

En vain le Teſtateur avoit invoqué la Coutume de Dreux; la diſtinction des Coutumes fait partie de l'ordre public qui ne dépend pas de la volonté des Parties. Un Teſtateur qui ne peut pas diſpoſer d'un effet, parce que la Loi qui régit cet effet, s'y oppoſe, n'eſt pas le maître de ſe ſouſtraire à ſon empire, pour ſe ſoumettre à une Loi qui lui ſeroit plus favorable.

Contre ce moyen, Madame de Chaillon oppoſoit que le legs de 30000 livres que ſon mari lui avoit fait, (car c'étoit principalement ce legs qu'elle croyoit plus à couvert de critique), n'étoit pas un legs de corps certain, ce n'étoit pas un legs d'une action ſubſiſtante qui eût appartenu au Teſtateur. C'étoit un droit qui n'exiſtoit pas dans les biens du Teſtateur, mais qui s'eſt formé à l'inſtant du décès, au profit du Légataire, & qui ſe répand généralement ſur tous les biens diſponibles. Or, ce qui n'exiſte pas, n'a pas de ſituation; par conſéquent on ne peut pas oppoſer la Loi du domicile, comme Loi de la ſituation, & rien n'empêche l'exécution du legs, pourvu qu'on trouve des biens diſponibles dans une Coutume qui permet aux conjoints de s'avantager.

C'eſt ainſi que ſi un homme qui a des propres dont il ne peut diſpoſer, & qui a d'ailleurs des meubles & acquêts de libre diſpoſition, fait un teſtament, & ne legue ni propres, ni acquêts, ni meubles en nature, mais une ſomme de deniers en général, ce legs n'eſt pas nul, & il ſuffit qu'il y ait dans la ſucceſſion des biens libres ſur leſquels ce legs puiſſe ſe prendre, pour qu'il ait ſon exécution. Un legs d'une ſomme de deniers, n'eſt qu'une action que l'on donne au Légataire. Toute action qui peut être exercée ſur certains biens, quoiqu'elle ne puiſſe pas l'être ſur d'autres, eſt toujours une action légitime.

Ce raiſonnement étoit plus ſubtil que ſolide: auſſi les héritiers de M. de Chaillon répondoient que cela étoit vrai dans le

cas où le légataire étoit capable du legs : pour lors il étoit indifférent que ce legs fût à prendre ſur un bien plutôt que ſur un autre ; la volonté du teſtateur pouvant s'exécuter ſur des biens libres, & le légataire étant capable du legs, il devoit être exécuté.

Mais il y a ici une incapacité dans la perſonne de Madame de Chaillon, de recevoir le legs mobilier, que M. de Chaillon lui a fait ; que ce legs puiſſe ſe prendre ſur des biens libres ; qu'il ſoit fait même nommément à prendre ſur ces biens libres, Madame de Chaillon n'en eſt pas moins incapable. L'affectation du legs ſur tel bien libre qu'aura voulu le teſtateur, n'en change pas la nature. C'eſt toujours un legs mobilier, & Madame de Chaillon eſt incapable de recevoir un legs de cette nature, parce que le Teſtateur étoit domicilié dans une Coutume qui prohibe toute diſpoſition entre conjoints, & qui met dans leur perſonne une incapacité de ſe donner & de recevoir par legs : incapacité à la vérité réelle, & qui ne tient qu'aux biens régis par la Coutume ; mais cette Coutume régit préciſément le legs en queſtion qui eſt un legs mobilier ; autrement il ſeroit vrai de dire que dans la Coutume de Paris, contre la prohibition qui y eſt écrite, une femme auroit été légataire de ſon mari d'une ſomme mobiliaire de 30000 livres.

Que cette ſomme ſe prenne ſur des biens ſitués ailleurs ou non, la légataire prend réellement 30000 livres ; elle les reçoit d'un mari domicilié à Paris, & elle reçoit réellement un meuble contre la prohibition de la Coutume de Paris, qui régit les meubles & tout ce qui peut être compris ſous ce terme.

Comme la prohibition eſt pure réelle, le teſtateur pouvoit léguer ſa terre de Mezieres, ſiſe à Dreux. La Coutume de Paris n'auroit pas été bleſſée par ce legs ; mais le teſtateur a fait ce qu'il ne pouvoit pas, & il n'a pas fait ce qu'il pouvoit ; il pouvoit léguer un fonds non régi par Paris, & il legue des deniers dépendants de cette Coutume. Sa diſpoſition ne peut donc être adoptée ; elle eſt donc contraire à la Loi de ſon domicile qui met dans les conjoints une incapacité réciproque de recevoir les uns des autres par ſimple Teſtament aucuns deniers, ni aucuns biens ſur leſquels elle peut avoir autorité.

Qu'on n'oppoſe pas que ce n'eſt pas ici un meuble qui faſſe partie de la ſucceſſion du défunt, que ce n'eſt qu'une diſpoſition mobiliaire, à la vérité ; mais qui ne s'exécute ſur aucuns

biens de Paris : car il ſuffit que la diſpoſition du teſtateur ſoit d'un meuble : le conjoint domicilié à Paris, ne peut être dans cette Coutume légataire de ſon conjoint d'aucun meuble, *& ſic judicatum*, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général Joly de Fleury, par Arrêt, en la Grand'Chambre, le 7 Avril 1740.

D'où l'on voit que dans l'eſpece du Chanoine de Beauvais, l'héritier dans Senlis qui vouloit recueillir un legs mobilier, & le prendre ſur des biens d'Amiens, auroit été réellement héritier & légataire à Senlis, domicile du teſtateur, où l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire a lieu.

Il s'eſt élevé en 1676, un grand débat dans la Coutume de Poitou, ſur l'intelligence de *l'art.* 216, de cette Coutume : ce débat ne tomboit pas ſur une queſtion mixte ; mais il eſt permis de s'interrompre quelquefois, & je me flatte que l'interruption ſera utile.

On ne révoquoit pas en doute, que dans la Coutume de Poitou, on peut être donataire, ou légataire & héritier, quand la donation ou le legs étoient faits pour avoir lieu par préciput ou avantage ; mais on prétendoit que de même qu'en donation entre vifs par contrat de Mariage ou autrement, il falloit exprimer qu'elle étoit faite par préciput & avantage, ſans quoi la donation étoit ſujette à rapport, il falloit exprimer la même choſe dans les Teſtaments, ſans quoi l'on ne pouvoit pas être légataire & héritier.

On convenoit de la maxime quant aux donations ; mais on prétendoit qu'il n'en étoit pas de même dans les Teſtaments, & que ſoit que le legs eût été fait pour avoir lieu par préciput, ou non, le legs devoit être exécuté, & que le légataire prenoit encore comme héritier ſa part dans les propres. En voici l'eſpece.

Dame Catherine Gallier Garnier, veuve de Chriſtophe Meſnard, Seigneur de la Vergne de Peaux, domiciliée en Poitou, ayant fait ſon Teſtament, le 10 Décembre 1667, elle légua à Jean Meſnard, Prêtre, Docteur en Théologie de la Maiſon de Sorbone, & autres ſes enfants puînés, tous ſes meubles & acquêts.

Après ſon décès, Jean prétendit, & ſes autres freres légataires, pouvoir prendre leur part dans les propres comme héritiers, & avoir les meubles & acquêts comme légataires, &

à cet effet, ils formerent leur demande en délivrance deſdits meubles & acquêts, ſuivant la diſpoſition de *l'art.* 216, de la Coutume de Poitou.

Jean & Françoiſe, enfants d'un frere aîné prédécédé, s'y oppoſerent ſur le prétexte que le legs n'avoit pas été fait par préciput & avantage.

La conteſtation ayant été portée des requêtes du Palais au Parlement, il intervint un Arrêt interlocutoire, le 3 Juin 1676, portant que les parties conteſteroient plus amplement ſur l'uſance & commune obſervance de *l'art.* 216, pour ſavoir ſi les choſes données par pere & mere à leurs enfants, ſont ſujettes à rapport dans le partage de leurs ſucceſſions, lorſqu'il n'eſt pas exprimé dans les actes de donations qu'elles ont été faites auxdits enfants par préciput & avantage.

En exécution de cet Arrêt, il fut délivré dans pluſieurs Sieges du Poitou, des actes de notoriété qui diſtinguoient entre les donations entre vifs, & les donations teſtamentaires. Il faut dans les premieres une mention de préciput & avantage, ſans quoi il y a rapport, & il n'en faut pas dans les ſecondes. Les Avocats de Poitiers avoient donné leur conſultation au contraire.

Sur quoi intervint Arrêt en la troiſieme des Enquêtes, le 6 Septembre 1677, qui ordonne que Jean & Françoiſe Meſnard, enfants de l'aîné prédécédé, ne pourroient rien prétendre des meubles & acquêts, dont Catherine Gallier Garnier, leur aïeule, avoit diſpoſé par ſon Teſtament au profit de Jean-Louis, Rodolphe & Gabriel, ſes enfants puînés, ſans préjudice auxdits enfants repréſentants leurdit pere, aîné, de leur légitime, ſi aucune ſe trouvoit due dans ladite Coutume de Poitou, défenſes au contraire. Voyez la note de M^e^ Ch. du Molin, ſur ledit *art.* 216, Chopin, *de privil. ruſticorum, Liv.* 3, *ch.* 6, *n.* 10, & Conſtant ſur Poitou, *art.* 215.

### *Coutumes muettes ſur l'incompatibilité.*

Dans les Coutumes qui ſont muettes ſur l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, on eſt aſſez porté d'y introduire l'incompatibilité qui eſt le droit général de nos Coutumes, du moins en directe deſcendante. C'eſt là le ſentiment de Ricard, en ſon Traité des donations, *part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 15,

15, *n.* 643 & 648, & de Mᵉ le Brun, en ſon Traité des ſucceſſions, *Liv.* 3, *ch.* 7, *n.* 3.

Mais cette extenſion ne ſe fait pas indifféremment dans toutes ſortes de Coutumes; il faut qu'elles y ſoient diſpoſées, parce qu'une Coutume ne défendant pas expreſſément le concours des qualités de légataire & d'héritier, on n'y admet l'incompatibilité qu'autant que d'ailleurs elle eſt dans l'eſprit & dans le génie de la Coutume.

C'eſt pourquoi l'on a jugé dans la Coutume de la Rochelle, qu'une fille pouvoit, en qualité de légataire, prendre le total des meubles, & le tiers des acquêts, & qu'en ſa qualité d'héritiere elle pouvoit encore prendre ſa part dans les deux autres tiers deſdits acquêts. Voici le fait.

Michel Drouillard, domicilié à la Rochelle, avoit d'un premier lit deux filles mariées du bien de leur mere prédécédée.

Il avoit convolé en ſecondes noces, & avoit de ce ſecond mariage, au jour de ſon décès, une fille âgée de neuf mois, qu'il inſtitue ſa légataire univerſelle.

Il n'avoit pas de propres, mais des meubles & acquêts, & la queſtion fut ſi cette fille légataire univerſelle auroit en cette qualité les meubles, & le tiers des acquêts dont il eſt ſeulement permis de diſpoſer dans cette Coutume, quand on n'a pas de propres, & ſi elle prendroit encore, comme héritiere, ſa part dans les deux autres tiers des acquêts qui ſont réſervés aux héritiers.

La Coutume de la Rochelle eſt muette ſur l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire.

On prétendoit, de la part des deux filles du premier lit, que *l'art.* 42 de cette Coutume défendant d'avantager aucun de ſes enfants, ou hoirs préſomptifs, l'un plus que l'autre, en aucune partie de l'héritage venu au défunt par ſucceſſion, cette prohibition devoit s'étendre aux acquêts, à défaut de propres; la Coutume de la Rochelle étant une Coutume de ſubrogation.

On ſoutenoit au contraire que l'eſprit de la Coutume de la Rochelle étoit pour la compatibilité. On invoquoit à cet effet, le témoignage de Huet ſur cette Coutume, *page* 375, & celui de Mr Louet, *Lettre H, Sommaire* 16. On ajoutoit que la Coutume de Poitou ſuppléoit au cas omis par celle de la Rochelle, ſuivant la Note de Mᵉ Ch. du Molin ſur le Titre ini-

tial de la Coutume de la Rochelle. *Hæc consuetudo suppleri solet per consuetudinem Pictavienſem*, & que *l'art.* 216 de Poitou permettoit de faire la condition de l'un de ſes héritiers, meilleure que celle des autres dans les meubles & acquêts ; & c'eſt ce qui fut ainſi jugé par Arrêt du 21 Juin 1713, rendu au Rapport de M. de Chavaudon, en la ſeconde Chambre des Enquêtes. Cet Arrêt & les Mémoires ſe trouveront tranſcrits à la fin de cette Diſſertation.

*Coutumes qui admettent l'incompatibilité.*

Enfin quand toutes les Coutumes où les biens ſont ſitués, admettent l'incompatibilité, on a demandé ſi l'on ne pouvoit pas être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre, quoiqu'on pût y être héritier.

Ceux qui ſe ſont déterminés pour l'affirmative, ont bien fait valoir le principe ci-deſſus allégué, qu'il y avoit autant de patrimoines & de ſucceſſions, qu'il y avoit de Coutumes ; que les Coutumes, en ce qu'elles reglent la maniere de partager les ſucceſſions, ſont toutes réelles ; qu'elles ne parlent, & ne peuvent parler que pour elles-mêmes ; qu'ainſi la qualité d'héritier priſe dans une Coutume, n'influoit pas dans une autre, & que l'incompatibilité n'avoit lieu que dans la même Coutume.

C'eſt l'avis de M^e Ch. du Molin, *art.* 2 du Titre des Succeſſions de la Coutume de Montfort, & ſur *l'art.* 22 de l'ancienne Coutume de Paris, *n.* 98, où il dit que ceux qui ſont appellés à recueillir différentes eſpeces de biens, *non ſunt cohæredes, quia licet eidem perſonæ ſuccedant, tamen ad diverſa bona ; & videntur plura patrimonia & hæreditates ſeparatæ.* On peut encore le conſulter ſur *l'art.* 121 de l'ancienne Coutume de Paris. Voyez Chopin, ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 4 ; Charondas, *répon.* 57 ; Guy Coquille, *en ſa queſt.* 232 ; Renuſſon & le Maître, *des Succeſſions*, ci-deſſus cités. Ceux de ce ſentiment alleguent pluſieurs Arrêts en leur faveur. C'eſt encore le ſentiment de Burgundus, *tract.* 2, *n.* 17. *Itaquè conſtanter docemus totidem eſſe hæreditates, quot erunt bona diverſis territoriis obnoxia.*

Mais je ne puis m'empêcher de remarquer que Burgundus a trop donné dans la réalité en beaucoup d'autres occaſions ; auſſi

décide-t-il que l'on peut accepter une ſucceſſion dans une Coutume, & la répudier dans une autre. *Ita quidem ut ſi in uno loco repudiare expediat, in altero tutò adire liceat, nec ad æs alienum ulteriùs teneatur quàm conſuetudines ejus Regionis in qua ſe pro hærede gerit, dictaverint ;* & cette déciſion particuliere n'eſt pas abſolument de nos mœurs.

Ceux au contraire qui ſoutiennent le parti de l'incompatibilité, prétendent qu'elle a lieu dans l'eſpece propoſée, parce que la qualité d'héritier priſe dans une Coutume, influe dans toutes les autres ; que cette qualité eſt tellement attachée à la perſonne, par ſon choix, qu'elle la porte par-tout.

Que lorſque toutes les Coutumes appellent une perſonne à la qualité d'héritier, il répugne, en ce cas, d'admettre pluſieurs ſucceſſions, pluſieurs hérédités ; qu'exactement parlant, il n'y a qu'une ſucceſſion, puiſqu'il n'y a qu'un défunt ; qu'il n'eſt pas poſſible de repréſenter le défunt dans une Coutume, & de ne pas vouloir le repréſenter dans une autre où l'on eſt également appellé ; qu'il n'y a lieu à admettre ces différentes ſucceſſions, que quand les Coutumes où les biens ſont ſitués, ſe trouvent contraires les unes aux autres, en ce que dans l'une elles admettent une perſonne à être héritier, & qu'elles le rejettent dans une autre ; que c'eſt le cas de feindre différentes hérédités, & deux perſonnes défuntes. *Videntur quaſi duæ duorum hominum hæreditates.*

Delà ils en ont conclu qu'on ne pouvoit pas être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre, où l'on pouvoit être héritier, quand la jonction de ces deux qualités alloit à préjudicer aux autres héritiers.

C'eſt pourquoi ils n'ont point héſité à décider qu'on pouvoit être héritier, avec d'autres, dans une Coutume, & être légataire dans une autre où on eſt exclus ; & c'eſt la véritable eſpece de l'Arrêt du 21 Juillet 1565, appellé l'Arrêt des Bureaux, & rendu avant la réformation de la Coutume de Paris.

Par cet Arrêt, l'héritier neveu à Montfort où la repréſentation avoit lieu, fut admis à être légataire à Paris, qui n'admettoit pas pour lors de repréſentation en collatérale. C'eſt dans ce cas qu'il y a raiſon de différence.

C'eſt ainſi qu'une fille excluſe dans une Coutume, par la ſimple maritation, pourra néanmoins être légataire dans cette Coutume, & héritiere dans une autre, parce qu'elle n'a aucune

aptitude à être héritiere dans la Coutume qui exclut par la simple maritation.

2°. Ils conviennent encore qu'on pouvoit être héritier dans une Coutume, conjointement avec d'autres héritiers, & légataire dans une autre où on étoit seul appellé à être héritier; comme un aîné, par exemple, qui peut être héritier à Paris, & légataire en Ponthieu où il est seul héritier, n'ayant personne qui puisse le contredire en Ponthieu.

*Vice versâ.* Peut-on être héritier dans Ponthieu où l'on est seul appellé, & légataire dans une autre où l'on est appellé avec d'autres qui s'y portent héritiers? L'on prétend que l'affirmative a été jugée par l'Arrêt de Roys, du 8 Février 1624, rapporté au Journal des Audiences, *liv.* 1, *ch.* 15; & c'est dans ce sens que plusieurs de nos Auteurs emploient cet Arrêt. Voyez Renusson, des Propres; & le Maître, sur Paris.

Cette espece est bien différente de la précédente, quoiqu'elles soient l'une & l'autre placées en Ponthieu. Dans la précédente c'est un héritier qui partage avec ses concurrents, & qui prend dans la Coutume où il se porte héritier, ce que la Loi lui défere. Cet héritier peut se porter légataire en Ponthieu, parce qu'il n'a pas de concurrents en Ponthieu où ils ne sont point appellés. *Quæ invidia?* Et quel droit ont-ils de le critiquer, s'il préfere en Ponthieu de prendre, comme légataire, ce que cette Coutume lui défere à lui seul? & cette espece ne me fait pas de difficulté.

Mais dans la seconde espece, celui qui se porte héritier dans une Coutume, quoiqu'il y soit seul appellé, est véritablement un héritier, & saisi, en cette qualité, dans toutes les autres Coutumes où il peut être héritier, & par conséquent cette qualité d'héritier est incompatible avec la qualité de légataire, parce qu'il ne prend, sans doute, cette qualité de légataire, que pour nuire à ceux qui sont appellés, comme lui, dans la même Coutume.

Il sembleroit donc nécessaire de distinguer entre une personne qui ayant des concurrents dans une Coutume, y prend une qualité d'héritier que lui donne la Loi, & qui prend ensuite dans une autre Coutume où ils ne sont pas appellés, une qualité de légataire, quoique héritier présomptif, & entre une personne, qui, au préjudice de ceux qui sont appellés comme lui dans une Coutume, y prend une qualité de légataire; &

dans une autre, où même il n'a pas de concurrents, une qualité d'héritier. Dans le premier cas perſonne n'a intérêt de contredire ce choix; mais dans le ſecond cas, les concurrents à qui il veut préjudicier, ont intérêt d'examiner s'il le peut; & quand ils lui trouvent, dans quelque Coutume, une qualité qui s'oppoſe à celle qu'il veut prendre pour leur nuire, ils ont droit de s'y oppoſer.

La queſtion s'eſt préſentée dans une commiſſion du Conſeil, au ſujet des affaires de la Maiſon de la Vieuville, où Meſſieurs Lambert Préſident en la ſeconde Chambre des Requêtes du Palais, le Fevre de la Malmaiſon, Conſeiller en la même Chambre, le Roy de Valieres, de la Vigne & Denyau, Avocats au Parlement, étoient Juges. Voici l'eſpece.

Dame Marie-Louiſe de la Chauſſée d'Eu, au jour de ſon décès, épouſe de M. Réné-François, Marquis de la Vieuville, avoit fait un teſtament, par lequel elle avoit nommé M. Réné-Jean-Baptiſte, lors Comte de la Vieuville, ſon fils aîné, ſon légataire univerſel: ſes biens étoient ſitués dans la Coutume de Paris, mais elle avoit une Terre que l'on regardoit comme régie par la Coutume de Ponthieu. M. le Comte de la Vieuville, aujourd'hui Marquis de la Vieuville par le décès d'un frere aîné d'un lit précédent, vouloit être légataire univerſel à Paris, & héritier en Ponthieu. M. Charles-Marie, lors Chevalier de la Vieuville, ſon frere puîné, ſoutint l'incompatibilité des deux qualités. On écrivit amplement ſur cette queſtion. J'étois chargé de la défenſe du Chevalier, depuis Comte de la Vieuville, & par l'Arrêt qui intervint en la Commiſſion, le 6 Septembre 1723, la prétention de l'aîné fut condamnée en ces termes.

» Nous Commiſſaires ſuſdits, en vertu du pouvoir à nous » donné, avons déclaré la qualité d'héritier & celle de lé- » gataire univerſel priſe par ledit ſieur Comte de la Vieu- » ville, incompatibles. Donnons acte audit ſieur Comte de » la Vieuville, de la Déclaration portée par ſa Requête » du trente Août dernier, qu'il ſe tient à la qualité de lé- » gataire univerſel. En conſéquence ordonnons que dans » trois mois, pour toute préfixion & délai, il ſera procédé » entre le Comte & le Chevalier de la Vieuville, à la liqui- » dation de ce qui doit être compris dans le legs univerſel; » avons renvoyé la demande du 30 Août, à ce que les biens

» de Ponthieu lui ſoient adjugés comme légataire univerſel, » à ladite liquidation, pour y être fait droit, dans laquelle liqui- » dation les Parties pourront faire telles conteſtations qu'elles » aviſeront bon être.

Le ſieur Comte de la Vieuville prétendoit que même en ſa qualité de légataire, il devoit avoir la Terre ſiſe en Ponthieu. C'eſt ce que l'on renvoie à la liquidation. L'affaire depuis s'eſt arrangée.

Il faut convenir que l'ancienne & premiere Juriſprudence étoit pour l'incompatibilité; mais elle a changé pendant un temps, & l'on cite pour ce changement pluſieurs Arrêts, & entre autres celui de Darde, rendu en 1654, ſur les concluſions de M. Bignon, & celui de 1685, appellé l'Arrêt de Joux. Il eſt vrai que le Maître en ſon Commentaire ſur la Coutume de Paris, prétend que par cet Arrêt de 1654, on a jugé ſimplement qu'une héritiere préſomptive, légataire univerſelle, avoit pu, en vertu de ſon legs, prendre part dans les biens ſitués en Anjou, quoique cette Coutume défende de donner à ſon héritier préſomptif, parce que, dit-il, le but de cette prohibition n'eſt pas d'empêcher que l'héritier ait ſa portion héréditaire à titre de don ou de legs, mais ſimplement de conſerver l'égalité entre ſes héritiers préſomptifs, & ſa diſpoſition n'eſt jamais bleſſée que quand l'un s'y trouve avantagé au préjudice des autres. M. Jean-Marie Ricard attribue la même déciſion à cet Arrêt, & prétend que Eliſabeth Darde, héritiere préſomptive, ne fut admiſe au partage des biens d'Anjou, malgré les legs qu'elle avoit à prendre à Chartres & à Blois, que parce qu'on jugea les biens d'Anjou compris dans ſon legs univerſel, de ſorte qu'elle ne fut pas reçue à ſe dire héritiere en Anjou, & légataire ailleurs; mais ſeulement à ſe dire légataire par-tout, & en Anjou comme ailleurs.

Mais Chalines, en ſa méthode des Coutumes, dit qu'il étoit préſent à l'Audience, lorſque la cauſe y fut plaidée : il en rapporte l'eſpece & les plaidoyers aſſez au long, *pag.* 265, & il aſſure que l'on jugea préciſément pour la compatibilité des qualités d'héritier & de légataire dans différentes Coutumes, où on pouvoit être héritier.

Le Maître donne à l'Arrêt de 1685, ci-deſſus, la même déciſion qu'à l'Arrêt de 1654; mais en ce qui touche cet Arrêt, les plaidoyers des parties, ceux des gens du Roi, la forme de la prononciation, l'uſage que preſque tous les Auteurs con-

temporains en ont fait, & de quelques autres Arrêts, & l'avis dominant dans ces temps-là me perſuadent qu'ils ont réellement jugé la compatibilité des qualités d'héritier & de légataire dans différentes Coutumes, quoiqu'appellé dans toutes.

Auſſi avons-nous pour la compatibilité des deux qualités dans différentes Coutumes, une fameuſe conſultation de Meſſieurs Dupleſſis & de Fourcroy, rapportée *pag.* 804, des Œuvres de M. Dupleſſis, *tome* 2.

Enfin on eſt revenu à l'ancienne & premiere Juriſprudence, & par Arrêt du 13 Juillet 1705, rapporté ès Arrêts du Royaume, *pag.* 476, on a jugé pour l'incompatibilité des qualités d'héritier dans une Coutume, & de légataire dans une autre, quand dans cette autre Coutume on eſt appellé à la ſucceſſion avec concurrents.

Les raiſons de cette derniere Juriſprudence, conforme à l'ancienne, ſont que celui qui eſt habile à ſuccéder par-tout, eſt par-tout ſaiſi de droit, *etiam dormiens.* Cette ſaiſine légale a lieu, dans le même inſtant, dans toutes les Coutumes où il eſt habile à ſuccéder : elle eſt une, & indiviſible. *L.* 1 *&* 12. *ff. de aquir. vel omitt. hæred.*

Il eſt vrai que cette ſaiſine légale doit être ſuivie de la volonté de l'homme, ſuivant la maxime, *n'eſt héritier qui ne veut ;* & juſqu'à ce que cette volonté ſe ſoit manifeſtée par quelque acte extérieur, cette ſaiſine n'eſt pas irrévocable, & eſt comme en ſuſpens; mais auſſi dans le moment même qu'il accepte dans une Coutume, & qu'il accepte expreſſément, dans ce même moment cette ſaiſine devient irrévocable & perpétuelle dans toutes les Coutumes où il eſt appellé à ſuccéder, & cette ſaiſine remonte au moment même de l'ouverture de la ſucceſſion. En ſorte que quand il veut ſe dire légataire, il n'eſt plus à temps ; il eſt déja ſaiſi par la qualité d'héritier qui ne reçoit, ni ſection, ni partage, & qui eſt incompatible avec celle de légataire.

Ainſi ne pouvant être légataire qu'en renonçant à la qualité d'héritier, & cette qualité d'héritier ayant, d'un conſentement précis, pris racine en ſa perſonne, il n'y a plus de lieu pour la qualité de Légataire. Il eſt héritier par ſa volonté ; mais il reſte héritier néceſſairement, & par conſéquent revêtu d'une qualité incompatible avec celle de légataire. Voyez d'Argentré, Coutume de Bretagne, *art.* 219, *gloſ.* 9, *n.* 14; Ricard, *part.* 1,

*ch.* 3, *ſect.* 16, *n.* 699 & 700; & cette grande queſtion ſi controverſée juſqu'alors, a été enfin jugée en grande connoiſſance de cauſe, & après une ample diſcuſſion de tous les Arrêts précédents, par celui ci-deſſus cité, du 13 Juillet 1705, rendu entre Madame la Ducheſſe d'Aumont & Madame la Comteſſe de Châtillon ſa ſœur.

Il m'eſt tombé entre les mains un Mémoire manuſcrit où l'eſpece de cet Arrêt, les faits qui y ont donné lieu, les différents Jugements qui l'ont précédé, paroiſſent exactement rapportés. J'ai cru qu'il ſeroit utile au Public de le tranſcrire & de l'inſérer dans les Pieces juſtificatives.

J'ai vu quelques Manuſcrits où on citoit encore pour cette déciſion, un Arrêt célebre, mais plus ancien, de la Grand' Chambre, confirmatif d'une Sentence arbitrale rendue par Meſſieurs de la Moignon, Premier Préſident, de Novion, le Coigneux, Préſidents à Mortier; Tronçon & Méliand, Conſeillers de la Cour, laquelle avoit été rendue dans la famille de Meſſieurs Bénard de Rézé. C'eſt ce qui répond à la déciſion de Burgundus, qui eſtime qu'on peut accepter dans une Coutume & répudier dans une autre. La qualité d'héritier eſt indiviſible. Voyez M. le Prêtre, *Centurie premiere de ſes Queſtions, chapitre* 82.

Ce que nous venons de dire s'applique, ſans difficulté, à celui qui eſt héritier dans une Coutume, & qui en cette qualité eſt utilement appellé dans les autres. C'eſt pourquoi on eſtime communément qu'un puîné ne peut pas être héritier dans une Coutume & légataire en Ponthieu, parce qu'il lui eſt utilement pourvu dans Ponthieu, & que le quint viager que cette Coutume lui défere, lui tient lieu de légitime, & de tout ce qu'il a droit de prendre en cette Coutume.

Mais il y a une queſtion plus difficile qui eſt de ſavoir ſi l'on ne pourroit pas être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre qui contient la même incompatibilité, mais dans laquelle on porte une habilité à ſuccéder, infructueuſe, faute de biens, auxquels on ſoit appellé par la Loi. Par exemple, *le défunt étoit domicilié à Paris.* Il avoit des parents collatéraux, l'un paternel, l'autre maternel dans le même dégré. Ses biens étoient répandus dans deux Coutumes. Il avoit à Paris ſes meubles & tous ſes acquêts, & des propres, tant paternels, que maternels, & il n'avoit ailleurs que des propres paternels.

paternels. Il legue à ſon parent maternel le quint des propres paternels ſitués hors la Coutume de Paris, & dans une Coutume d'incompatibilité.

Dans cette eſpece les parents paternels & maternels étant dans le même dégré, ſont également appellés à recueillir à Paris les meubles & les acquêts; & à l'égard des propres, chacun partage ceux de ſa ligne.

Si dans la Coutume où nous avons ſuppoſé qu'il ne ſe trouve que des biens paternels, il y avoit quelques acquêts, le parent maternel ne pourroit pas, après s'être porté héritier dans la Coutume de Paris, ſe porter, dans l'autre Coutume, légataire du quint des propres paternels, parce qu'étant héritier dans une Coutume, & étant appellé utilement dans l'autre, il eſt néceſſairement héritier dans toutes les deux; mais dans l'eſpece que nous venons de poſer, le défunt n'a des acquêts qu'à Paris, & ailleurs il n'a que des propres paternels auxquels les maternels ne ſont point appellés. Ainſi la qualité d'héritier à Paris, eſt infructueuſe par-tout ailleurs, au parent maternel.

M^e Jean-Marie Ricard, en ſon Traité des Donations, *part.* 1^re. *ch.* 3, *ſect.* 15, *n.* 689, convient qu'il n'a pu encore recouvrer aucun Arrêt qui ait jugé que les qualités d'héritier & de légataire ſoient incompatibles dans l'eſpece que nous venons de propoſer; c'eſt-à-dire, lorſque la diverſité des Coutumes, & celle des biens ſe rencontre conjointement. Par exemple, *quand le pere & héritier des meubles & acquêts ſitués en une Coutume, eſt fait légataire des propres maternels aſſis ſous une autre Coutume.*

Cependant au *nombre* 690, il décide pour l'incompatibilité dans cette eſpece même, fondé ſur ce que la différence des Coutumes n'eſt pas plus conſidérable que la diverſité des biens, puiſque la qualité d'héritier, incompatible avec celle de légataire, ſubſiſte en une Coutume qui nous appelle à la ſucceſſion, quand même il ne s'y rencontre aucuns biens; & au *n.* 695, il perſévere dans la réſolution de cette queſtion.

Cette queſtion eſt vraiment difficile, & nous allons agiter les deux propoſitions.

D'un côté, pour prouver que dans la queſtion propoſée, il n'y a pas d'incompatibilité, l'on convient qu'à la vérité, les qualités d'héritier & de légataire ſont, ſelon le Droit général du Pays Coutumier, deux qualités incompatibles; mais il faut

convenir auſſi qu'elles ne ſont pas telles par une incompatibilité néceſſaire & naturelle. Il n'en eſt pas de cette incompatibilité, comme de celle qui eſt entre la qualité de créancier & de débiteur. Celle-ci eſt naturelle, & éteint néceſſairement l'action de part & d'autre, & cela eſt fondé en principes d'équité. *Quod noſtra interſit potiùs non ſolvere quàm ſolutum repetere. L. ideo, 3, ff. de comp.* mais l'autre incompatibilité n'eſt que de diſpoſition légale & arbitraire.

C'eſt pourquoi nous voyons qu'en Droit Romain, ces deux qualités ſont très-compatibles. *Authent. ex teſtamento. C. de collat. L. hæredes, ff. famil. erciſ. L. 89, ff. de legatis.* 1°. Nous avons même quelques Coutumes en France qui admettent la concurrence de ces deux qualités d'héritier & de légataire. Rheims, *art.* 302, Amiens, Montdidier, Artois.

Ces deux qualités ſont-elles incompatibles, à cauſe de la maxime que deux cauſes lucratives ne ſauroient concourir enſemble? Mais cette maxime ne s'entend que dans le cas où les deux cauſes concourent, *in eamdem rem*, ce qui ne ſe trouve point ici.

Pourquoi donc ces deux qualités ne doivent-elles pas ſe rencontrer enſemble? C'eſt ſans doute parce que l'eſprit du Pays Coutumier a été de mettre une ſorte d'égalité entre des perſonnes qui concourent enſemble dans une même qualité d'héritiers, & d'empêcher, pour parvenir à cette égalité, que celui qui peut être héritier par-tout, ne diviſe ſes qualités pour faire tort à ceux qui concourent avec lui dans la même qualité d'héritiers.

C'eſt donc une raiſon de politique, & fondée ſur l'eſprit d'égalité; égalité qui néanmoins ne ſe rencontre pas toujours dans les partages, à cauſe de la maxime, *paterna paternis*, & de certaines forcluſions que la Loi prononce dans certains cas, &c.

Mais enfin du moment que l'incompatibilité de ces deux qualités n'eſt pas néceſſaire & naturelle, du moment que le principe des deux cauſes lucratives n'y influe pas, il ne peut y avoir qu'une raiſon d'égalité qui ait donné lieu à la maxime.

Mais ce motif eſt-il réel, eſt-il perſonnel? Il paroît naturel & conforme aux principes de le dire *réel*; parce qu'en matiere de ſucceſſions, tous les Statuts ſont volontiers réels, & l'incompatibilité dont eſt queſtion, a ſa relation néceſſaire aux

biens. Les Loix les ont diſtribués d'une certaine maniere, entre ceux qui ont une même qualité d'héritiers.

Delà il ſuit que ces diſpoſitions ſont renfermées dans l'étendue de chaque Coutume, & ne peuvent s'étendre ailleurs, qu'autant que la qualité d'héritier peut s'y étendre.

C'eſt pourquoi on ne doute pas, comme nous l'avons dit ci-devant, que celui qui eſt héritier dans une Coutume, & qui eſt exclus dans une autre, ne puiſſe être légataire dans cette autre Coutume, puiſqu'il n'y ſauroit être héritier.

Ainſi la qualité d'héritier ſe porte par-tout où la même perſonne eſt appellée à être héritier; & la raiſon en eſt que celui qui eſt ſaiſi dans une Coutume, l'eſt, au même inſtant, dans toutes les Coutumes où il peut être héritier.

Mais ce ſyſtême préſuppoſe qu'il y a des biens dans ces Coutumes: car, ſans cela, la Loi reſte ſans action, à défaut de biens & de ſujet ſur lequel elle puiſſe agir.

En effet, parce qu'un homme meurt à Paris, où tous ſes biens ſont ſitués, peut-on dire que toutes les Coutumes du Royaume, où néanmoins il n'a pas de biens, ſaiſiſſent *actu* ſon héritier? Il ne paroît pas qu'on puiſſe parler ainſi.

Il eſt vrai qu'un homme qui décede, n'eût-il pas de biens, ſon plus proche parent eſt ſaiſi de plein droit dans la Coutume du domicile mortuaire; mais la raiſon en eſt que dans cette Coutume, y ayant un défunt, il y a une ſucceſſion ouverte; mais on ne peut pas dire que cette ſucceſſion ſoit ouverte dans toutes les Coutumes, lorſqu'il n'y a pas de biens ailleurs.

Il faut pourtant convenir que dans la Coutume où il y a des propres d'un ſeul côté, on doit dire qu'il y a une ſucceſſion ouverte dans cette Coutume; mais pour qui? pour l'héritier qui eſt appellé à recueillir ces propres, & non pour un parent qui ſe trouve d'une autre ligne.

L'héritier appellé infructueuſement dans une Coutume, ne peut-il pas être comparé à celui qui eſt exclus? ils ne prennent rien l'un & l'autre dans cette Coutume. Si le premier n'eſt pas exclus de droit, il l'eſt de fait par l'inexiſtence de biens. Or, peut-on dire que l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, ait été admiſe dans nos Coutumes pour un cas ſemblable? A la bonne heure, que dans une même Coutume on ne puiſſe rien prendre qu'en l'une des deux qualités; à la bonne heure encore que l'héritier ne puiſſe pas ſyncoper cette qualité

pour être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre où il peut être utilement héritier ; mais quand il n'a rien à prendre dans une Coutume comme héritier, il ne ſyncope pas cette qualité, & il n'eſt jamais dans cette Coutume qu'un ſimple légataire, & par conſéquent, où peut être l'incompatibilité ?

C'eſt ainſi que Pallu, ſur *l'art.* 233, de la Coutume de Tours, qui ne veut pas que l'on puiſſe donner à ſon héritier préſomptif, dit que pour exclure du don l'héritier préſomptif, il faut qu'il y ait des biens en l'hérédité, auxquels puiſſe ſuccéder celui qu'on veut priver du don.

Mais d'un autre côté pour prouver l'incompatibilité, on dit que l'eſprit de notre Droit françois, eſt qu'un homme héritier dans une Coutume porte cette qualité dans toutes celles où il n'eſt pas exclus par la Loi ; qu'il ne faut pas conſidérer s'il y a des biens ou s'il n'y en a pas ; que ce ne ſont pas les biens qui font l'héritier, que c'eſt la Loi ; qu'un homme eſt auſſi-bien héritier d'un défunt qui ne laiſſe pas de biens, que s'il en avoit laiſſé de conſidérables ; que cela eſt ſi vrai, que dans le cas même d'inſolvabilité du défunt, ſon parent héritier préſomptif, eſt néceſſairement regardé comme héritier, s'il ne renonce pas ; mais que du moment qu'il eſt héritier dans une Coutume, il l'eſt par-tout où il peut l'être, ſoit utilement, ſoit infructueuſement ; que la qualité d'héritier eſt une & indépendante du plus ou du moins ; qu'ainſi cet héritier paroiſſant dans une Coutume où il eſt vraiment héritier, & où la Loi le ſaiſit de ce qui peut s'y trouver, il ne peut paroître que comme héritier dans toute autre Coutume où il n'eſt pas exclus de droit, & que dès-lors il n'y ſauroit être légataire ; qu'il faut faire différence entre celui qui eſt exclus de Droit, & celui qui ne prend rien par carence de biens. Le premier ne ſauroit jamais être héritier dans la Coutume où il eſt exclus. Le ſecond y eſt néceſſairement héritier, quoiqu'il n'y prenne rien, puiſque nous ſuppoſons qu'il eſt déja héritier dans une autre qualité qu'il porte dans les Coutumes où il eſt appellé, quoiqu'infructueuſement ; & quoique les avis ſe réuniſſent pour ce parti, il faut convenir que c'eſt pouſſer bien loin l'incompatibilité en queſtion : néanmoins cet avis, tout rigoureux qu'il eſt, eſt conforme aux véritables principes.

Me Charles Bourdot de Richebourg, qui nous a donné en 1724, un nouveau Coutumier général, avec des notes de plu-

ſieurs fameux Avocats, obſerve ſur la Coutume de Montfort, titre des ſucceſſions, *art.* 93, que la maxime eſt aujourd'hui certaine, qu'encore qu'on ne prenne rien comme héritier dans une Coutume, on ne peut pas être légataire des biens qui y ſont ſitués, ſi l'on eſt habile à y ſuccéder, quand on eſt héritier dans une autre Coutume; & cette note paroît d'accord avec ce que l'on penſe communément aujourd'hui.

On peut cependant être héritier en collatérale d'un défunt avec pluſieurs autres, & recueillir par la ſuite à titre de ſubſtitution, un legs que le défunt a fait à quelqu'un non héritier préſomptif, ſous la charge & condition de rendre ce legs audit héritier, dans le cas où le légataire décéderoit avant ſa majorité, ou ſans établiſſement.

La raiſon en eſt que l'héritier, vis-à-vis ſes cohéritiers dans la ſucceſſion du Teſtateur, ne prend rien de préſent qu'en qualité d'héritier : ſi par la ſuite il profite du legs fait à un tiers, il le prend dans les biens du tiers, & vis-à-vis les héritiers de ce tiers. Ainſi il ne réunit pas dans la même ſucceſſion la qualité d'héritier & de légataire vis-à-vis ſes cohéritiers, quoique par la ſuite, & par l'événement des cas prévus, il profite du legs fait par la perſonne dont il a été héritier : c'eſt ce qui a été jugé dans l'eſpece ſuivante.

Dame Catherine le Pileur, veuve de M. Charles Paviot, Procureur-Général de la Chambre de Comptes de Rouen, avoit, au jour de ſon décès pour ſes héritiers préſomptifs, un frere, & des neveux & nieces de deux autres freres prédécédés; une de ces nieces avoit une fille qui étoit petite niece de ladite Dame Paviot. La Dame Paviot fit un Teſtament, & légua à cette petite niece 60000 livres; & en cas que cette petite niece vînt à décéder avant ſon établiſſement, ou ſa majorité, elle veut que les 60000 livres appartiennent à un de ſes neveux, l'un des héritiers préſomptifs de la Teſtatrice.

La Teſtatrice étant décédée, le frere, les neveux & nieces accepterent ſa ſucceſſion, & firent délivrance des 60000 livres à la petite niece; mais cette petite niece étant décédée, quelque temps après, mineure, & ſans établiſſement, le neveu de la Teſtatrice, appellé par le Teſtament à recueillir les 60000 livres, & la niece mere de la légataire, prétendirent à l'envi l'un de l'autre les 60000 livres, ſavoir, la mere, comme mere & héritiere mobiliaire de ſa fille, & elle oppoſoit que le ne-

veu ſon frere ſeroit, ſi cette ſomme lui étoit accordée, héritier & légataire dans la ſucceſſion de la Teſtatrice.

Le neveu, oncle de la légataire, prétendoit le legs comme appellé à la ſubſtitution, & répondoit qu'il n'étoit qu'héritier dans la ſucceſſion de ſa tante, & qu'il prenoit les 60000 livres dans la ſucceſſion de ſa niece légataire, ſur quoi intervint Arrêt au profit de ce neveu, le 14 Mars 1730, ſur les concluſions de M. Gilbert, en la Grand'Chambre, contre M. le Pileur, Conſeiller en la Cour. M^e le Brun en ſon Traité des ſucceſſions, *Liv.* 3, *chap.* 7, *n.* 29, a été d'avis contraire.

Mais ſi l'héritier du ſang ne peut pas être héritier de la Loi, & en même-temps légataire, un étranger, ou un non-héritier par la Loi, peut-il être héritier inſtitué & légataire? je ne parle pas, comme l'on voit, de l'héritier préſomptif inſtitué par contrat de mariage. On a jugé par le fameux Arrêt, du 5 Mars 1711, que la qualité de fils aîné, & principal héritier portée par un contrat de mariage, étoit incompatible avec les qualités de légataire univerſel, & de donataire dans la ſucceſſion de Henri-Jules de Bourbon, Prince de Condé. Cet Arrêt eſt tranſcrit à la fin de *l'Obſervation* 26.

M. de Lauriere, en ſon Traité des Inſtitutions Contractuelles, *to.* 2, *chap.* 6, *n.* 110, obſerve que dans l'eſpece de l'Arrêt, l'aîné, en ſa qualité d'héritier principal, vouloit prendre toute ſa portion héréditaire, & être encore légataire & donataire, & que c'eſt ce qui a été condamné par cet Arrêt, parce qu'un héritier principal qui prend ſa part héréditaire dans tous les biens de la ſucceſſion, eſt un véritable héritier légal, qui ne peut plus être légataire ou donataire; il prend & reçoit de la Loi, & ne peut plus dès-lors prendre & recevoir de l'homme.

Mais que ſi un enfant déclaré comme deſſus, héritier principal, vouloit s'en tenir aux biens que ſon pere avoit au jour du don, il pourroit être donataire & légataire, parce que pour lors il n'eſt pas héritier légal, mais héritier contractuel, & que ne prenant que de la main de l'homme, rien n'empêche qu'il ne ſoit héritier contractuel des biens au jour du don, & légataire, ou donataire.

Sans entrer dans l'examen de la queſtion que fait naître M^e de Lauriere, qui eſt de ſavoir ſi hors les Coutumes du Maine & Anjou, Touraine & Lodunois, un fils aîné déclaré par ſon contrat de mariage aîné & principal héritier, eſt un

héritier inſtitué & contractuel, en ſe tenant aux biens que ſes pere & mere qui ont fait la déclaration, avoient au jour du mariage, ou s'il eſt un vrai héritier légal, mais en faveur duquel les pere & mere ſe ſont obligés de ne point lui préjudicier, en faiſant au profit d'autres que lui, aucunes donations, il eſt certain que cet Auteur a raiſon dire que quand un fils prend part dans une ſucceſſion, en vertu de la Loi *ab inteſtat*, il ne peut pas prendre encore en vertu de la diſpoſition de l'homme, ni être héritier par la Loi, & légataire par la volonté de l'homme; & cette déciſion conduit à réſoudre la queſtion que j'avois en vue, qui eſt de ſavoir, *ſi un Etranger inſtitué héritier en Pays de Droit écrit, par teſtament, peut être légataire en Pays Coutumier,* (à Paris, par exemple,) & j'eſtime l'affirmative, par la raiſon que cet héritier inſtitué n'eſt point un héritier de la Loi, mais qu'il l'eſt par la volonté de l'homme, & que ce qu'il prend encore comme légataire, il le prend de la même volonté, & que l'incompatibilité d'héritier & de légataire, n'eſt que pour empêcher la même perſonne de prendre, & de la Loi, & de l'homme tout enſemble.

Voici une Conſultation que j'ai faite, qui tombe ſur nos Queſtions mixtes.

M^e^ Nicolas Jouault, Avocat au Parlement, mon ami particulier, homme d'une grande probité, & qui avoit vraiment du mérite, eſt décédé le 5 Septembre 1743, domicilié en cette Ville de Paris depuis plus de quarante ans.

Il a laiſſé pour héritiers préſomptifs, 1°, deux nieces, filles d'un frere prédécédé, l'une deſquelles a épouſé le ſieur Cornillau, Avocat au Château du Loir. 2°, Une ſœur actuellement vivante, veuve du ſieur Phélippe, Licencié ès Loix, laquelle avoit quatre enfants, du nombre deſquels eſt le ſieur Phélippe, Avocat en la Sénéchauſſée du Château du Loir, légataire ci-après. 3°, Un neveu & une niece d'une autre ſœur prédécédée qui avoit été mariée au ſieur Guillin. M^e^ Jouault avoit au jour de ſon décès, pour biens,

1°, Des meubles & quelques rentes qui ſuivent la Coutume de Paris.

2°, Des acquêts dans les Coutumes de Paris & de Chartres.

3°, Un Domaine appellé le Courtil, & quelques maiſons en la Place Royale au Château du Loir, qui lui avoient été données par le ſieur Jouault, Abbé de Rochefort, ſon couſin-ger-

main, pour récompenſe des ſervices qu'il lui avoit rendus dans des affaires très-importantes.

4°, Quelques autres biens propres qui lui ſont échus de la ſucceſſion de ſes pere & mere, ſitués dans la même Coutume du Maine.

5°, Une rente fonciere de 200 livres par chacun an, à prendre ſur les Moulins de Beſſé, ſitués en Anjou, laquelle rente appartenoit audit ſieur Jouault, comme l'ayant eue par retrait lignager, exercé ainſi que le permet la Coutume d'Anjou, en conſéquence d'un rembourſement fait du fonds de ladite rente, ès mains de ladite Demoiſelle veuve Guillin ſa ſœur, à qui originairement elle appartenoit comme propre.

Me Jouault a fait ſon teſtament le 31 Août 1743.

Par ce teſtament, après quelques diſpoſitions pieuſes, comme d'un Annuel & de quelques Meſſes, & un legs de penſion viagere à une ancienne Domeſtique, il dit qu'il veut & entend que ſes héritiers naturels retirent la totalité de ſes propres en nature, ſans aucune diſtraction de ce dont les Coutumes des Lieux permettent de diſpoſer, & auſſi ſans charge de contribution aux dettes, & en outre il veut qu'il ne leur ſoit rien demandé de ce qu'ils pourroient lui devoir.

Il a fait enſuite un legs particulier à ſon neveu Phélippe, dont la mere étoit actuellement vivante, du Domaine du Courtil, & des maiſons ſituées au Château du Loir, le tout régi par la Coutume du Maine, avec ce qui ſe trouvera dû du revenu deſdits biens au jour de ſon décès.

Il legue enſuite au ſieur Guillin, Avocat au Parlement, l'un de ſes neveux, & fils d'une ſœur prédécédée, la rente de 200 l. à prendre ſur les Moulins de Beſſé, Coutume d'Anjou, avec les arrérages qui en ſeront dûs au jour de ſon décès. Et à l'égard de tous ſes autres biens, meubles & acquêts, il les donne & legue auxdits ſieurs Phélippe & Guillin ſes neveux, pour les partager chacun par moitié, & en jouir du jour de ſon décès, les inſtituant à cette fin ſes légataires univerſels. Plus il les prie de vouloir bien regarder comme une charge des legs tant particuliers qu'univerſels qu'il leur fait, l'acquittement de quelques menues dettes de la ſucceſſion du ſieur François Jouault ſon neveu, frere des deux Demoiſelles Jouault, héritieres préſomptives.

Sur cet expoſé on forme deux queſtions. La premiere, de ſavoir

ſavoir ſi le legs particulier du Domaine de Courtil, ſitué en la Coutume du Maine, fait au ſieur Phélippe, neveu du Teſtateur, & fils de la ſœur actuellement vivante, & le legs univerſel pour moitié, peuvent être bons & valables.

La deuxieme, ſi le legs particulier de la rente fonciere de 200 livres, à prendre ſur des biens d'Anjou, fait au ſieur Guillin, auſſi neveu du Teſtateur, & ſon héritier immédiat, peut pareillement être bon & valable.

Sur la premiere queſtion j'eſtimai qu'à l'égard du ſieur Phélippe, il falloit diſtinguer le legs particulier d'avec le legs univerſel.

Quant au legs particulier, il ne ſauroit abſolument ſubſiſter, parce que les *art.* 278 & 349 de la Coutume du Maine, qui régit les biens légués, ſont prohibitifs en cette partie.

Pour d'autant mieux le faire connoître, il faut ſe rappeller ce qui eſt dit dans le fait, qui eſt que le ſieur Phélippe, légataire a ſa mere vivante, & qu'il eſt par conſéquent l'héritier de l'héritier préſomptif. Or par les *art.* 278 & 349 de la Coutume du Maine, perſonne coutumiere ne peut faire la condition d'un de ſes héritiers, pire, ni meilleure que de l'autre, & s'entend ladite Coutume des héritiers, ou héritiers des héritiers, tant en ligne directe que collatérale.

Cependant la condition de la ſœur du Teſtateur, qui eſt l'héritiere préſomptive, ſeroit meilleure au Maine, ſi prenant dans cette Coutume une portion égale avec les autres cohéritiers, ſon fils étoit encore légataire dans cette Coutume, & elle ſeroit pire, ſi elle étoit obligée d'imputer le legs ſur ſa portion héréditaire.

On prétend même que le Domaine de Courtil & des deux maiſons de la Place Royale, ſont ce qu'il y a de plus conſidérable dans la ſucceſſion, de ſorte que ce legs excéderoit non-ſeulement la portion héréditaire de la mere qui par-là ſe trouveroit privée de toute ſa portion héréditaire qui appartiendroit à ſon fils, mais encore entameroit la portion des autres.

Il en ſeroit autrement ſi le ſieur Phélippe n'avoit été héritier que de l'héritier de l'héritier *in* 3°. *gradu :* car la Coutume ne s'étend pas d'une perſonne à une autre, ſuivant l'Arrêt de Salo, rendu en la Coutume de Poitiers, cité par Conſtant, en ſes Additions ſur *l'Art.* 215.

A l'égard du legs univerſel, il faut décider au contraire. Ce

legs eſt valable, parce que les biens qui, dans l'exécution, tombent dans ce legs univerſel, ſont des meubles & acquêts ſitués à Paris & dans la Coutume de Chartres, où en collatérale il n'eſt pas défendu de léguer à l'héritier de l'héritier préſomptif.

Sur la deuxieme queſtion qui regarde le legs univerſel fait au ſieur Guillin, j'eſtimai qu'il pouvoit, en renonçant à la ſucceſſion, recueillir ce legs univerſel pour moitié, parce que les effets qui tombent dans ce legs univerſel, ſont tous régis par des Coutumes qui le permettent ainſi.

Quant au legs particulier, ce legs eſt d'une rente fonciere régie par Anjou, & le ſieur Guillin eſt, dans cette Coutume, héritier préſomptif.

La queſtion eſt donc de ſavoir s'il peut être légataire univerſel dans les Coutumes permiſſives, & légataire particulier en Anjou.

*L'art.* 337 de la Coutume d'Anjou, porte : *nulle perſonne coutumiere ne peut donner à aucun de ſes héritiers plus à l'un qu'à l'autre, ni faire la condition de l'un, pire, ou meilleure que de l'autre.*

Quoique cet article ne parle que des donations, il faut obſerver que dans cette Coutume, le terme *donner* eſt un terme générique qui embraſſe les legs comme les donations.

C'eſt ce qui eſt prouvé par *l'art.* 341, où il eſt dit, *que tout donataire, ou légataire doit être ſaiſi par les mains de l'héritier du donneur, ſinon que le donneur lui en ait baillé la poſſeſſion.*

On voit par cet Article, qu'il s'y agit d'un donataire & d'un légataire, & que néanmoins le même article ne déſigne le donateur & le teſtateur, que ſous le nom de *donneur* qu'il répete par deux fois différentes dans le même Article.

Cela préſuppoſé, *l'art.* 337 ſemble ne permettre aucune diſpoſition entre les héritiers préſomptifs, ſoit par donation, ſoit par diſpoſition teſtamentaire.

Il eſt vrai que par *l'art.* 334, de la même Coutume d'Anjou, ſi l'héritier préſomptif veut renoncer à la ſucceſſion, il eſt dit qu'il y ſera reçu avant qu'autrement ſe porter héritier ; mais par la ſuite du même article, cette renonciation n'eſt admiſe qu'en rendant à l'Ordonnance de Juſtice tout ce que ſes pere & mere, ou autre parent lui ont donné, d'où quelques Auteurs ont conclu que dans cette Coutume, & dans

celle du Maine, qui eſt ſemblable, il falloit au cas de renonciation rapporter & rendre entiérement, au profit même des créanciers poſtérieurs à la donation. C'eſt l'avis de Me Dupleſſis, ſur la Coutume du Maine, *pag.* 162 & 196, & en cela, il a raiſonné des Coutumes d'Anjou & du Maine, comme de celle de Bretagne.

En effet, la Coutume de Bretagne ne permet de faire aucune donation à ſes héritiers préſomptifs; ce qui eſt vrai, indiſtinctement, quant aux roturiers tant pour les meubles, que pour les immeubles, & pour la ligne directe comme pour la collatérale, & ce qui eſt encore vrai, à l'égard des nobles pour tous biens, tant meubles qu'immeubles dans la collatérale, & quant à la directe, cela a lieu par rapport aux enfants aînés : car par rapport aux enfants puînés, fils ou filles, cela n'a lieu que pour les immeubles ſeulement, ſuivant les *art.* 199 & 217, de cette Coutume, de ſorte que dans cette Coutume arrivant le décès du donateur, le donataire héritier préſomptif, ne peut pas renoncer à la ſucceſſion pour s'en tenir à ſa donation : il eſt obligé de rapporter le fonds de la donation, même en renonçant, fors le meuble entre nobles puînés; & ce rapport ſe fait dans cette Coutume, ſelon du Pleſſis, non-ſeulement au profit des autres héritiers, mais même au profit des créanciers, fuſſent-ils poſtérieurs à la donation, parce que dans cette Coutume nul héritier préſomptif ne peut retenir, ni poſſéder du défunt, autre choſe que le meuble entre nobles, qu'il ne ſe ſoit déclaré ſon héritier; qualité qui l'aſſujettit aux dettes; & s'il veut s'en décharger, & n'être point héritier, il faut néceſſairement qu'il renonce, & rende à la maſſe de la ſucceſſion ce qu'il a reçu, qui devient dès l'inſtant de l'ouverture de la ſucceſſion, un effet de cette ſucceſſion, ou plutôt qui eſt regardé comme n'ayant jamais ceſſé de faire partie des biens du donateur, dès-lors que la donation eſt faite à un héritier préſomptif. *Quod fuit donatio, fit hæreditas.* C'eſt ce qui eſt parfaitement expliqué par d'Argentré en pluſieurs endroits de ſa Coutume, notamment ſur la rubrique des ſucceſſions & partages; dans ſon Traité des Appropriances, *art.* 66, *de dimiſſione*, & ſur la rubrique du titre des Teſtaments. On peut encore voir là-deſſus une conſultation rapportée, *tom.* 2, des Œuvres de Dupleſſis, *pag.* 798.

La Coutume de Normandie n'eſt pas conforme à celle de

Bretagne, quant à la collatérale : car en Normandie on ne peut pas, à la vérité, être en collatérale donataire ou légataire, & héritier dans les mêmes biens ; mais on peut être héritier dans certains biens auxquels on eſt appellé, & légataire ou donataire de partie des biens auxquels on n'eſt pas appellé comme héritier. Voyez *l'art.* 93, des Placités ; mais quant à la directe, la Coutume de Normandie a beaucoup de reſſemblance avec la Coutume de Bretagne. On ne peut dans cette Coutume donner, ni teſter en faveur des deſcendants au préjudice des autres. Tout ce qui eſt donné par pere & mere, eſt réputé donné en avancement d'hoirie. Delà on a tiré cette conſéquence dans cette Coutume, comme en celle de Bretagne, que l'enfant donataire ne peut retenir ce qui lui a été donné, ou demander ce qui lui a été légué, s'il renonce à la ſucceſſion : il faut dans ce cas qu'il rapporte la choſe donnée, & s'il la retient, il eſt néceſſairement héritier.

Ce que l'on peut obſerver à cet égard, eſt que dans la Coutume de Bretagne, le rapport des choſes données ſe fait au profit même des Créanciers, ſoit antérieurs, ſoit poſtérieurs ; au lieu que dans la Coutume de Normandie, le rapport n'eſt introduit qu'en faveur des cohéritiers, & non des Créanciers.

Dans les Coutumes d'Anjou & du Maine, on ne peut avantager aucuns de ſes héritiers préſomptifs, & par conſéquent, dans ce premier ſyſtême, il faut dire que le ſieur Guillin, renonçant à la ſucceſſion de ſon oncle, pour ſe porter légataire univerſel, ne peut plus dès-lors profiter du legs particulier de la rente fonciere régie par la Coutume d'Anjou.

Au contraire pour l'héritier préſomptif légataire particulier, on peut dire que *l'art.* 337, de la Coutume d'Anjou, défend ſeulement de faire la condition de l'un pire que celle de l'autre, pour empêcher qu'il ne prenne, ſoit comme donataire, ſoit comme légataire au-delà de ſa portion héréditaire ; mais que juſqu'à concurrence de ſa portion héréditaire, il peut être légataire ou donataire.

C'eſt pourquoi d'Argentré, *art.* 218, de la Coutume de Bretagne, *gl.* 9, *n.* 10, après avoir expliqué le Droit de Bretagne, qui ne permet pas à l'héritier préſomptif d'être, ni donataire, ni légataire même en renonçant ; *quia nemini licet mutare titulum adeptionis legitimæ portionis ſuæ, quin habeat ut hæres*, ajoute ces termes remarquables : *ſunt tamen conſue-*

*tudines quædam diverſæ quæ non aliter repudiationem donatarii admittunt, niſi reſtitutâ donatione, ſed tamen acceptari utrumque permittunt, ut Andium, Cænom. & aliæ pleræque.*

M. Dupineau, *art.* 334, de la Coutume d'Anjou, s'explique encore plus préciſément, ſi le don excede la légitime que le donataire auroit priſe, ceſſant ſa répudiation, l'excédent ſera rendu pour être partagé entre les héritiers.

D'où il ſuit que dans la Coutume d'Anjou, encore que l'on ne puiſſe point avantager un héritier plus que l'autre, & que l'héritier préſomptif avantagé ſoit tenu de rapporter, même en renonçant, néanmoins cela n'empêche pas que cet héritier ne puiſſe être donataire ou légataire, juſqu'à concurrence de la portion héréditaire qui lui eſt dévolue par la Coutume, & il n'eſt tenu de rapporter que ce qui excede.

C'eſt ce qui a fait dire à M^e Jean-Marie Ricard en ſon Traité des Donations, *part.* 1, *n.* 702, que la Coutume d'Anjou n'a pas eu intention de prohiber indiſtinctement la donation au profit de l'héritier préſomptif; mais ſeulement de prohiber de l'avantager plus que les autres, & de rendre ſa condition meilleure que celle des autres préſomptifs héritiers; ce qui n'empêche point la liberté de lui laiſſer à titre de don ou de legs la portion qui lui étoit deſtinée par la Coutume en qualité d'héritier préſomptif, & pour autoriſer cette déciſion, il cite l'Arrêt de Dardes, rendu en 1654.

Il eſt vrai que bien des Auteurs prétendent que cet Arrêt de 1654, a jugé toute une autre queſtion, qui eſt que l'on pouvoit être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre, où l'on étoit même appellé à être héritier: on peut voir ſur cela la conſultation de M^es Dupleſſis & de Fourcroy, que j'ai citée ci-devant.

Mais en accordant, & je le penſe ainſi, que l'Arrêt de 1654 n'eût point jugé, comme le prétend Ricard, que l'on pouvoit dans les Coutumes d'Anjou & du Maine & autres, être légataire de ſa portion héréditaire, il s'enſuivroit ſeulement que l'avis de Ricard ne ſeroit point étayé de l'Arrêt de 1654; mais ſon avis ſeroit d'ailleurs ſolide & conforme aux principes de la Coutume d'Anjou, dont l'eſprit eſt uniquement que l'on ne puiſſe pas avantager un héritier plus que l'autre; mais qui ne défend en aucune maniere à l'héritier préſomptif, de recevoir ſa portion héréditaire à titre de legs. Cette

qualité de légataire, lorſqu'elle ſera réduite à la portion héréditaire, ne bleſſera en aucune maniere l'eſprit de la Coutume d'Anjou.

Il faut donc diſtinguer la Coutume de Bretagne, ainſi que celle de Normandie, d'avec les Coutumes d'Anjou, du Maine & autres.

Dans la Coutume de Bretagne, il y a prohibition abſolue, univerſelle, perpétuelle & indéfinie de léguer à ſon héritier préſomptif en toute ligne directe ou collatérale, dans tout dégré prochain, ou éloigné, & à tous égards, puiſqu'elle ôte le pouvoir, *nul ne peut*, ſous quelque modification néanmoins pour la ligne directe, & qui ne regarde que les meubles que le pere noble peut donner à ſes puînés au préjudice de l'aîné. En ſorte que dans cette Coutume pour retenir par le donataire la choſe donnée, il faut qu'il ſe porte héritier; & s'il renonce, il faut qu'il rende & rapporte à la ſucceſſion, & que tous ceux qui ſont héritiers préſomptifs dans la même ſucceſſion, puiſſent dans ces Coutumes prendre part à la choſe rapportée; ce qui ſe pratique pareillement en Normandie, pour la ligne directe, & même pour la collatérale par rapport aux biens auxquels on eſt appellé par la Loi, & ce rapport dans la Coutume de Bretagne, ſe fait au profit même des Créanciers, l'héritier préſomptif & donataire fût-il ſeul appellé à la ſucceſſion. Il y a pour cette Coutume pluſieurs actes de notoriété qui en font foi. J'en trouve trois, cités dans un ancien Mémoire de parties, compoſé par M^e le Cœur, célebre Avocat du Parlement de Paris. Le premier du 3 Mai 1681, judiciairement donné par le Prévôt de Rennes. Dans cet acte, en eſt tranſcrit un autre ſigné des gens du Roi, de la Sénéchauſſée de la même Ville, & des Avocats plaidants & conſultants dans cette Juriſdiction. Le troiſieme des 26 & 28 Mars 1682, ſigné de Meſſieurs du Parquet du Parlement de Bretagne, & de tous les Avocats du même Parlement ſéant à Rennes.

J'en trouve un quatrieme du 12 Mai 1684, en forme d'Arrêt judiciairement donné par le Parlement de Bretagne; & enfin un cinquieme donné à Vannes le 21 Mars 1686, par un grand nombre d'Avocats du Parlement, légaliſé par les Avocats-Généraux, le 23 du même mois. Ces deux derniers ſe trouvent dans les Conſultations de MM. Hévin, pere & fils. *Conſultation* 28 & 29.

Mais dans les Coutumes d'Anjou, du Maine & autres, le rapport vient uniquement de l'égalité qui doit être entre les héritiers, & même les créanciers n'y prennent point de part. C'eſt ce que Me Julien Brodeau obſerve ſur *l'art.* 334 de la Coutume d'Anjou, dont la Note eſt rapportée dans le nouveau Coutumier de Me de Richebourg. Ce Rapport, dit-il, n'a lieu, ſinon, « *Reſpectu hæredum favore æqualitatis, non extraneorum;* » *argum.* Art. 260. *Fine, ſupra & infra.* Art. 338, jugé *in ter-* » *minis hujus conſuetud.* par Arrêt du Jeudi 4 Août 1605, que » j'ai noté ſur les Arrêts de M. Louet, *Lettre D, n.* 56. *Idem,* » Maine *infra, art.* 346. Grand-Perche 125, 126, & autres » Coutumes que j'ai cottées *D, n.* 56; & à l'égard des cohéri- » tiers, le rapport ſe fait, non de la ſomme entiere, ou valeur » de la choſe donnée, mais juſqu'à la concurrence des parts » & portions des cohéritiers. Celle de celui qui rapporte dé- » duite & confuſe, & ce pour le principal ſeulement : car les » intérêts, ou fruits ne ſe rapportent point, ſinon du jour de » la ſucceſſion échue. *Quid?* S'il y a don entre les conjoints, » poſtérieur au don fait à l'héritier, le ſurvivant ne peut pas » faire rapporter, parce que la choſe donnée précédemment, » n'eſt compriſe en ſon don, & le rapport ſe fait à la ſucceſſion » & aux cohéritiers, & non à un donataire poſtérieur. Voyez » Servin, Plaidoyer 124, & Péleus, *quæſt.* 74. J. M. R. jugé par » Arrêt du 14 Mai 1675, au premier volume du Journal du » Palais, que le Rapport des choſes données, établi par cette » Coutume, en cas de renonciation, n'a lieu qu'en faveur des » héritiers & non des créanciers; & Me Berroyer, dans ſa Diſ- » ſertation ſur le *ch.* 43 *du Liv. premier des Arrêts de Bardet,* » obſerve que depuis un Arrêt du 24 Mars 1662, il n'eſt plus » libre d'en former le doute.

Ainſi dans l'exécution on commence, dans ces Coutumes, par prélever ſur les biens de la ſucceſſion, les dettes. Elles prélevées, on joint ce qui reſte de net, avec les effets donnés, & on fixe la portion au donataire, ou légataire, & il n'eſt obligé de rendre que le ſurplus.

Si dans la Coutume de Bretagne le rapport ſe fait au profit même des créanciers, c'eſt que la donation eſt nulle dans ſon principe; mais en Touraine, Maine & Anjou, la donation n'eſt pas nulle en ſoi, elle ne l'eſt que vis-à-vis des héritiers, & pour l'intérêt d'entre eux.

De ſorte que par rapport au legs fait au ſieur Guillin, tout ce que les héritiers pourroient légitimement demander, ce ſeroit une réduction de ſon legs, ſuppoſé qu'il excédât ſa portion héréditaire dans la Coutume d'Anjou, qui ne peut être que d'un ſixieme au total.

Delà il ſuit que le ſieur Guillin doit commencer par faire une renonciation au Greffe, à la ſucceſſion de ſon oncle, pour s'en tenir (ſera-t-il dit dans la renonciation) aux legs particulier & univerſel qui lui ont été faits par le teſtament dudit Me Jouault ſon oncle, au moyen de quoi ne prenant rien dans la Coutume d'Anjou, qu'à titre de légataire particulier, il peut être, dans toutes les autres Coutumes, légataire univerſel des biens de libre diſpoſition, n'y ayant point d'incompatibilité entre la qualité de légataire particulier, & celle de légataire univerſel.

## *SEPTIEME QUESTION.*

Nous venons d'agiter les queſtions d'incompatibilité d'héritier & de légataire; & cette incompatibilité, ſelon le Droit commun, eſt tant pour la directe, que pour la collatérale.

Mais il y a encore un autre principe qui eſt auſſi un Droit commun, du moins pour la directe deſcendante; ſavoir, que l'on ne peut pas être héritier & donataire; ce qui n'a lieu que quand l'héritier donataire a des concurrents. Voyez Mol. *art.* 107, *antiqu. conſuetud.*

Nous avons néanmoins quelques Coutumes qui admettent entre enfants, venant à ſucceſſion, certains avantages.

La Coutume d'Amiens eſt de ce nombre. Les enfants qui ſe portent même héritiers dans cette Coutume, ſont diſpenſés du rapport, dans le cas où ils ont tous été mariés, & ce terme *mariés* s'entend, ſelon Ricard, *cum effectu*; c'eſt-à-dire, dotés.

Or voici l'eſpece propoſée par Ricard ſur cet article. Que doit-on dire ſi tous les enfants étant mariés, aucuns d'eux l'ont été en héritages ſitués en des Coutumes qui obligent à rapport? Ceux-ci rapporteront-ils les héritages qui leur ont été donnés, & les autres rien, ſous prétexte que les biens à eux donnés, ſont ſitués en cette Coutume? & voici ce qu'il répond. Je crois, en ce cas, qu'il faut tout rapporter, parce qu'il eſt vrai de dire que quelques-uns des enfants n'ont rien eu, eu égard aux

aux biens de cette Coutume, & ainſi la raiſon de *l'Article* ceſſe, puiſqu'il ſuppoſe, comme nous venons de l'établir, que tous les enfants ont été avantagés : ce qui s'entend des biens ſitués en la Coutume, à l'égard deſquels ſeulement il a pu diſpoſer. Cette déciſion me paroît parfaitement bonne & fondée en raiſon.

En effet, dès qu'il n'y a que la dotation qui diſpenſe du rapport dans la Coutume d'Amiens, & que cette dotation doit être de tous les enfants, il faut, pour opérer cette diſpenſe, que cette dot reſte irrévocablement à chacun de tous les enfants, puiſque nous les ſuppoſons tous dotés. Autrement il y auroit une injuſtice conſidérable, & l'eſprit de la Coutume d'Amiens ne ſeroit plus rempli. Cette Coutume a bien voulu permettre que le pere pût donner inégalement à ſes enfants, par contrat de mariage, ſans être audit cas obligés de rapporter; mais elle a voulu qu'il donnât à tous, & irrévocablement.

Or le fils doté de biens ſitués en Coutumes qui obligent au rapport, eſt, par la diſpoſition réelle de la ſituation, obligé de rapporter, & dès-lors il eſt vrai de dire qu'il n'eſt plus doté, & que la diſpoſition de la Coutume d'Amiens ne peut plus lui être oppoſée.

Ricard, dans le même endroit, propoſe une autre difficulté; ſavoir, s'il y a lieu au rapport, en cas que les enfants aient, à la vérité, été mariés & dotés de biens aſſis en la Coutume d'Amiens, mais qu'il reſte encore en la ſucceſſion, des biens ſitués ailleurs où la Coutume oblige au rapport; & ſi ſuppoſé qu'il faille répondre pour l'affirmative, ceux qui veulent faire ceſſer le rapport, peuvent en tous cas faire réuſſir leur deſſein, en s'abſtenant de rien prendre aux biens ſitués aux Coutumes qui obligent au rapport, & il répond ainſi. Ces deux propoſitions dépendent des queſtions que j'ai examinées en mon Traité des Donations, touchant la difficulté de ſavoir ſi on peut être légataire & héritier aux biens ſitués en différentes Coutumes.

Il y a, comme l'on voit, dans ce que Ricard propoſe en dernier lieu, deux queſtions, l'une principale & l'autre ſubſidiaire, qu'il fait toutes deux dépendre de la compatibilité des qualités d'héritier & de légataire; & en ſuivant mes principes, j'eſtime ſur la queſtion principale, que tous les enfants étant dotés de biens ſitués en la Coutume d'Amiens, s'il reſte en la ſucceſſion, des biens ſitués en des Coutumes qui obligent au rapport,

les enfants, dans le partage de ces autres biens, ne ſeront pas néanmoins obligés de rapporter ceux d'Amiens, parce que la qualité d'héritier & de donataire étant compatible en la Coutume d'Amiens, c'eſt préciſément le cas où ils peuvent retenir, comme donataires, ce qu'ils ont reçu à Amiens, & ſe porter héritiers dans d'autres Coutumes, ſans rapporter, parce que ce qu'ils tiennent, comme donataires, ils ne le prennent pas dans ces autres Coutumes, & que ceux des enfants qui voudroient exciper de la qualité d'héritiers dans l'une & l'autre Coutume, ſeroient repouſſés par la diſpoſition réelle de la Coutume d'Amiens qui régit les biens donnés, & qui admet la compatibilité.

Ce que je viens de dire me paroît faire tomber la queſtion ſubſidiaire de Ricard. Les enfants tous dotés de biens ſitués en la Coutume d'Amiens, ne ſont pas obligés de s'abſtenir de la ſucceſſion, pour conſerver ce qu'ils ont reçu dans cette Coutume, puiſque, en ſe portant héritiers pour partager les autres biens de la ſucceſſion, la Coutume d'Amiens qui régit les biens dont ils ont été dotés, ne les oblige pas au rapport; que s'il y avoit quelques enfants non dotés, ceux qui le ſont, peuvent, ce me ſemble, dans la Coutume d'Amiens, renoncer à la ſucceſſion, & ſe tenir à leur don; le rapport des enfants dotés, dans le cas où il y en a de non dotés, ne ſe faiſant par les dotés, qu'autant qu'ils veulent venir au partage.

A l'occaſion du rapport, je propoſerai les queſtions ſuivantes ſur leſquelles j'ai été conſulté.

Un homme domicilié à Paris, a pluſieurs enfants; il donne à l'un d'eux, par donation entre vifs, une ſomme de 20000 l. (j'ajouterai pour plus grand éclairciſſement de la difficulté), ou un fonds ſitué à Paris. Il va enſuite demeurer en Normandie où il décede.

En Normandie l'enfant donataire, ſoit qu'il renonce, ſoit qu'il accepte, eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion de ſon pere ce qu'il a reçu.

Au contraire à Paris l'enfant donataire n'eſt obligé de rapporter, qu'autant qu'il veut ſe porter héritier; & s'il renonce, il conſerve la choſe qui lui a été donnée. *Salvâ aliorum legitimâ.*

Dans cette eſpece le fils donataire, en renonçant à la ſucceſſion de ſon pere qui eſt décédé domicilié en Normandie,

ſera-t-il obligé de rapporter ce que ſon pere lui a donné, lorſqu'il étoit domicilié à Paris, & ce conformément à la Coutume de Normandie, qui eſt la Loi du domicile du pere au jour de ſon décès? ou pourra-t-il renoncer pour conſerver la donation conformément à la Coutume de Paris, qui étoit la Loi du domicile du pere au jour de la donation?

Faiſons l'eſpece contraire. Un pere eſt domicilié en Normandie. Il donne à ſon fils une ſomme de 20000 livres, ou un fonds ſitué en Normandie, & il vient demeurer à Paris où il décede. *Quid Juris?* Dans ces deux eſpeces, quant au rapport.

J'ai répondu que ſi le fils donataire de ſon pere, a reçu des fonds, il eſt aſſujetti à la Loi de la ſituation; en ſorte que ſi ces fonds ſont ſitués dans des Coutumes, dont les unes ordonnent le rapport, même en renonçant, & les autres permettent dans ce cas de conſerver, le fils donataire, en renonçant, ſera tenu de rapporter dans les premieres, & conſervera dans les autres.

C'eſt ainſi que dans la Coutume de Vitry, qui eſt une Coutume de parfaite égalité en directe, ſuivant *l'Article* 73 & la Juriſprudence des Arrêts, le fils donataire de biens ſitués à Vitry, pourra renoncer, & en renonçant, conſerver les choſes données juſqu'à concurrence de ſa portion héréditaire ſeulement, afin que les autres enfants non donataires trouvent dans la ſucceſſion de leurs pere & mere, leur portion héréditaire en entier.

Mais s'il a encore été doté de biens ſitués ailleurs, où le fils donataire en renonçant, n'eſt pas obligé au rapport; il pourra les conſerver, & c'eſt la déciſion de Me Julien Brodeau ſur ledit *Article* 73, rapporté au Coutumier Général de Me Bourdot de Richebourg. Cet *Article*, dit-il, défend d'avantager l'un des enfants plus que l'autre, même par contrat de mariage; ce qui doit s'entendre des choſes ſituées au dedans de cette Coutume, & non des biens ſitués en autres Coutumes où il n'y a pareilles prohibitions, qui eſt un des points jugés par l'Arrêt du 14 Août 1577, rapporté par le Veſt. *Arrêt* 153.

Dans le cas où l'enfant donataire renoncera pour conſerver la donation, il ne pourra plus dès-lors être héritier dans quelque Coutume que ce ſoit, parce que ſa renonciation ſe porte dans toutes les Coutumes, étant un choix & une option qui le ſuit par-tout.

Mais ſi la donation, au lieu d'être en fonds & en immeubles, eſt en deniers comptants, & que l'enfant renonce, la difficulté eſt bien plus grande.

On dira, d'un côté, que la donation n'étant que de deniers, & le fils qui reçoit, recevant en avancement d'hoirie, reçoit ſous la condition de ſe conformer aux Loix qui régiront l'hoirie du donateur.

Que c'eſt dans le moment ſeulement du décès du donateur, que l'on conſidere les biens & la qualité des biens qui ſont à partager, & par conſéquent que les choſes données étant meubles, c'eſt la Loi du décès qui les régit.

Qu'ainſi ſi le pere a donné, étant domicilié à Paris, & qu'il meure domicilié en Normandie, c'eſt la Loi de Normandie qu'il faut ſuivre, *& vice verſâ.*

D'un autre côté on répondra que l'effet d'une donation entre vifs eſt d'être irrévocable; qu'à Paris la Loi autoriſe cette irrévocabilité par rapport à des enfants donataires qui renoncent à la ſucceſſion; que par conſéquent le fils qui a reçu à Paris, a reçu irrévocablement; que le changement de domicile du pere, ne peut pas changer ce qui eſt de la ſubſtance eſſentielle & conſtitutive de la donation, & révoquer indirectement ce qui eſt en ſoi irrévocable.

Ces raiſons me paroiſſent péremptoires contre le rapport d'une donation de meubles faite à Paris.

Par la ſuite de ces principes, il faut, dans le cas de la renonciation, décider pour le rapport de la donation faite en Normandie, encore que le pere ſoit venu depuis demeurer à Paris, & qu'il y ſoit décédé; parce que le pere, en donnant en Normandie, ne transfere pas une propriété irrévocable. Le fils ne reçoit que pour jouir par *interim*, & pour remettre à la maſſe au jour de la ſucceſſion, ſoit qu'il accepte, ſoit qu'il renonce. Ces donations ſont réputées faire partie de la ſucceſſion future; & le changement de domicile de la part du pere, ne peut pas faire ceſſer une condition innée dans la donation même.

Je trouve dans Chopin une déciſion dont je puis appuyer ce que je viens de dire. C'eſt ſur la Coutume de Paris, *liv.* 20, *tit.* 3, *n.* 20, *de Donat. puris ac mutuis.* Il demande ſi ce qui a été donné dans le temps qu'une Coutume n'obligeoit pas au rapport, eſt ſujet au rapport par la réformation de la Coutume. Cette eſpece me paroît ſemblable à celle que je propoſe. Le

changement de domicile, vis-à-vis le donataire, eſt un cas fortuit, comme la réformation d'une Coutume; il fait le même effet, & il paroît indifférent pour la déciſion, que le rapport ſoit ordonné à cauſe de la réformation de la Coutume. C'eſt également une Loi nouvelle. Que répond Chopin à la queſtion propoſée? *Puto herclè ſuis numeris abſolutæ donationis nihilò ampliùs modum, aut conditionem imponi novâ lege poſſe, quàm unius diſpoſitione paciſcentium complurium.* C'eſt donc la Loi au jour de la donation qu'il faut conſidérer.

## *HUITIEME QUESTION.*

Dans mes Diſſertations mixtes, *quæſt.* 22, *pag.* 511 *& ſuivantes*, j'ai traité la queſtion de ſavoir comment les dettes ſe paieroient dans la concurrence de pluſieurs Coutumes, dont les unes admettent la diviſion entre cohéritiers, & d'autres admettent la ſolidité contre chacun d'eux. Cette queſtion n'a jamais pu intéreſſer que les créanciers d'un défunt vis-à-vis les héritiers: car quant aux héritiers entre eux, ils ſe font raiſon des dettes, ſelon que les différentes Coutumes les y obligent. *Voyez cette Diſſertation.*

Pour donc nous renfermer dans ce qui regarde les créanciers, j'ai rapporté l'autorité de Paul de Caſtres & de Chriſtiné, qui tous deux ont été d'avis que la Coutume où ſe faiſoit l'adition d'hérédité, devoit l'emporter ſur les Coutumes de la ſituation des biens, par la raiſon que l'héritier contracte tacitement dans la maiſon mortuaire, avec les créanciers de la ſucceſſion, & que ce contrat doit être régi par la Coutume où il eſt paſſé. J'ai enſuite obſervé que cet avis étoit appuyé d'un Arrêt du Parlement de Flandres, rapporté par M. Pollet, *part.* 2, *chap.* 16 *de ſes Arrêts*, & que la raiſon donnée par l'Arrêtiſte, étoit que les Coutumes qui reglent les ſucceſſions, ſont du nombre de celles que les Interpretes appellent réelles, que leur pouvoir eſt borné dans leur territoire, & que les Coutumes n'en ont aucun ſur les perſonnes domiciliées ſous d'autres Coutumes, pour ce qui touche les droits perſonnels; que néanmoins elles en auroient ſur les perſonnes, ſi à raiſon des biens ſitués en Coutumes de ſolidité, les héritiers qui n'y ſont pas domiciliés, non plus que le défunt, étoient tenus ſolidairement; qu'il y avoit huit autres Arrêts du Conſeil de Malines, qui avoient jugé la même choſe.

Mais j'ai ajouté que la queſtion s'étant préſentée au Parlement de Paris, pour raiſon d'une ſucceſſion ouverte à Bruxelles, dont les biens étoient en partie ſitués en Artois, où il y a ſolidité contre chacun des héritiers, & dont les héritiers étoient domiciliés, l'un à Dinant, Pays de Liege, & l'autre à Paris, les héritiers avoient été condamnés ſolidairement par Arrêt du 28 Mars 1696, confirmatif d'une Sentence rendue au Conſeil d'Artois, & que cette déciſion avoit été adoptée par Me Maillard, *art.* 184 de la Coutume d'Artois, qui la croit meilleure que celle de Malines, & qui ajoute que la diſpoſition de la Coutume d'Artois doit être ſuivie, quand même l'héritier des immeubles demeureroit ailleurs qu'en Artois, parce que c'eſt la détention des immeubles ſitués en Artois, qui oblige l'héritier à toute la dette.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 213, croit au contraire que la déciſion du Conſeil de Malines eſt plus juridique, par la raiſon ci-deſſus que l'acceptation d'une ſucceſſion eſt cenſée faite au lieu où la ſucceſſion eſt ouverte; que cette acceptation forme une eſpece de contrat entre les héritiers & les créanciers héréditaires, & que l'obligation qui en réſulte, prend ſa force de la Coutume où elle a été contractée, & que ſi cette Loi accorde la ſolidité, elle s'étend par-tout; que ſi au contraire elle diviſe les actions, cette diviſion doit s'étendre auſſi par-tout; qu'en fait de ſolidité l'action perſonnelle eſt la principale, & que le Statut qui produit une action perſonnelle, eſt perſonnel. D'ailleurs il y auroit tant d'inconvénients à admettre la ſolidité des actions ſur certains biens, & à en ordonner la diviſion à l'égard des autres, qu'il s'étonne qu'on ait pu embraſſer le ſentiment de la réalité des Coutumes ſur cet Article.

On peut appuyer ce ſentiment de la déciſion de Balde, en ſon *Conſ.* 219, *vol.* 1, *art.* 2. A Pavie, on ne peut pas exciper du bénéfice d'inventaire. Balde demande ſi la Loi de Pavie peut avoir lieu, *reſpectu rerum quæ ſunt extrà territorium Papienſe;* & il répond pour l'affirmative, *quia per additionem hæreditatis factam Papiæ, eſt contracta ſolida obligatio quæ incipit à quaſi contractu celebrato Papiæ per additionem hæreditatis.*

Il faut convenir que les raiſons propoſées par M. le Préſident Bouhier, ſont preſſantes: car il faut avoir autorité ſur la

perſonne, pour pouvoir l'affecter d'un engagement qui produiſe contre elle une action perſonnelle & ſolidaire. J'ajoute que la contribution ſe réglant par la Coutume du domicile, il ſemble que la diviſion, ou l'indiviſion des dettes devroit ſe régler par la même Loi.

Mais on répond à ces raiſons, que la qualité d'héritier rend la perſonne dépendante de toutes les Coutumes où elle eſt héritiere, & cela en tout ce qui peut avoir trait à cette qualité; que la perſonne contracte également dans toutes ces Coutumes, puiſqu'elle y prend des biens; qu'elle eſt préſumée en avoir enviſagé les différentes diſpoſitions, & s'y être ſoumiſe; que la condition de l'obligation ne peut changer, ni être altérée par la mort du défunt. *L.* 2, §. 2, *ff. de verbor. oblig.* que chaque héritier repréſente en totalité le défunt, à l'exemple d'une glace caſſée, qui répete autant de fois la perſonne qu'il y a de différents morceaux; que l'héritier ne doit pas être de meilleure condition que le défunt, *in cauſis & actionibus hæred.* & que le défunt étoit tenu de la totalité; qu'à la vérité la Loi des douze Tables a diviſé les actions perſonnelles entre tous les héritiers; ce qui eſt devenu un Droit commun; mais que dans la concurrence de différentes Coutumes contraires, & dans l'impoſſibilité de les exécuter toutes, il étoit préférable de conſerver les droits des créanciers, plutôt que de les leur diminuer contre la réclamation d'une Coutume qui charge de la ſolidité tous ceux des héritiers qui ſont tels dans l'étendue de ſa domination; qu'à la vérité ce parti a ſes inconvénients, mais qu'ils réſultent de la variété des Coutumes admiſes dans le Royaume.

J'avouerai de bonne-foi que cette queſtion m'ayant fait beaucoup de difficulté, lors des Diſſertations que j'ai données au Public, je n'oſai pas m'expliquer, & que je me contentai de rapporter les autorités pour & contre. Je tiendrai encore aujourd'hui la même conduite.

Il eſt vrai que le ſentiment de M. le Préſident Bouhier, ſoutenu des Arrêts du Parlement de Malines, paroîtroit d'abord le plus juridique: car enfin il faut convenir que la Loi du domicile mortuaire eſt celle qui, dans la ſucceſſion, régit l'action perſonnelle dont le défunt étoit tenu, & il faut bien diſtinguer entre l'action ſolidaire & l'action hypothécaire. La premiere eſt toute perſonnelle. La ſeconde eſt toute réelle.

Or la Loi du domicile mortuaire diviſant les actions, on ne peut pas dire que ſuivant cette Coutume, elles ne ſoient pas diviſées, ni qu'elles le ſoient, quand la Loi du domicile mortuaire ne les diviſe pas.

Ainſi quand cette Loi les diviſe, les créanciers, quant à la perſonnalité de la créance, n'ont plus qu'une action diviſée en autant de portions, qu'il y a d'héritiers. Ce n'eſt que pour l'exécution de cette action qu'ils ſuivent les biens.

Or quand ils ſe vengent par action perſonnelle ſur les biens, pour être payés de ce qui leur eſt dû, leur créance eſt déja diviſée.

Il eſt vrai qu'ils rencontrent en leur chemin une Coutume qui donne une action ſolidaire contre les héritiers; mais cette Coutume, qui n'eſt qu'accidentelle, en ce que le défunt n'y avoit pas de domicile, mais y avoit ſimplement des biens, détruira-t-elle la diſpoſition de la Coutume principale & dominante, qui eſt celle du domicile? l'une & l'autre Coutume ne ſauroient être exécutées: elles ſont contradictoires; mais celle de la ſituation de quelques biens, l'emportera-t-elle ſur celle du domicile? Il faut que l'une, ou l'autre cede, & j'avouerai que celle du domicile me paroît ſupérieure, quand il ne s'agit que de la perſonnalité des actions.

Auſſi voyons-nous que dans la Coutume d'Amiens, où les contrats non nantis, ni réaliſés, n'emportent pas d'hypotheque, & où pour empêcher la rigueur de ce droit, on a donné en *l'Art.* 159 une action ſolidaire aux créanciers, contre chacun des héritiers, Dufreſne obſerve qu'il faut limiter cet Article 159 au cas où le domicile du défunt débiteur, eſt dans l'étendue du Bailliage, encore que le domicile des héritiers y fût.

Voici une queſtion agitée dans la Coutume de Normandie, & jugée au Parlement de Paris, & qui tombe ſur le paiement des dettes, dans la concurrence de ces deux Coutumes.

Dans la Coutume de Paris les dettes ſe contribuent entre tous les héritiers, les propres en ſupportent leur part, comme les meubles & acquêts.

Au contraire dans la Coutume de Normandie, les dettes ſe prennent d'abord ſur les meubles & acquêts, & l'héritier de ces ſortes de biens doit acquitter les héritiers des propres.

*His poſitis.* Voici l'eſpece qui s'eſt préſentée en la Grand'-Chambre.

Chambre. M^re. Nicolas Jean, Seigneur de Breteuil, étoit originaire de Normandie, & y avoit tous ſes biens; il mourut domicilié à Paris, ſans enfants, & y ayant fait pluſieurs acquiſitions de maiſons; mais il avoit contracté quelques dettes.

Ses héritiers aux propres ſitués en Normandie, prétendirent que les héritiers des meubles & acquêts de Paris, étoient obligés de les acquitter de toutes les dettes. La queſtion fut amplement plaidée au Parlement de Paris; & par Arrêt du 7 Décembre 1673, en la Grand'Chambre, l'héritier des propres fut condamné à contribuer aux dettes avec l'héritier des meubles & acquêts de Paris. Banaſge, *art.* 408 de la Coutume de Normandie.

En 1745 il s'eſt préſenté aux Requêtes du Palais l'eſpece ſuivante, jugée par appel en la quatrieme Chambre des Enquêtes, en 1747.

M. de Coiſlin, Evêque de Metz, étant décédé, il laiſſa d'anciens propres paternels ſis en la Coutume de Bretagne, des propres maternels régis par les Coutumes de Paris & de Troyes, des acquêts ſitués à Paris & à Metz, & des meubles régis par la Coutume de Metz.

La Coutume de Metz, où la ſucceſſion de M. de Coiſlin étoit ouverte, charge l'héritier mobilier du paiement des dettes, & cela indéfiniment, quand il n'a pas fait d'inventaire; & quand il en a fait, il n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence du mobilier, *art.* 7, 8 *&* 9 *du tit.* 11.

Les héritiers mobiliers prétendoient qu'il falloit répandre toutes les dettes ſur tous les biens étant dans différentes Coutumes, à l'effet de connoître ce que les biens de chaque Coutume en devoient ſupporter, & qu'enſuite les héritiers paieroient chacun les dettes dont les biens de chaque Coutume ſeroient tenus, & de la maniere dont ils en ſeroient tenus, en ſorte que comme héritiers mobiliers dans la Coutume de Metz, qui les aſſujettit aux dettes mobiliaires, ils ne paieroient des dettes mobiliaires, que la portion qui ſeroit répartie ſur les biens de Metz, & ce à la décharge de ceux qui recueilleroient des propres dans cette même Coutume.

Les héritiers des propres prétendoient au contraire que la Coutume de Metz, Coutume du domicile de l'Evêque de Metz, aſſujettiſſant aux dettes mobiliaires l'héritier des meu-

bles, les autres biens n'y devoient contribuer en rien, & que ces biens devoient leur appartenir quittes deſdites dettes.

Me Alexis-Nicolas-Louis le Roy de la Tour, frere de Me Georges-Claude le Roy, que le Palais & le Public ont tant regretté, l'un & l'autre fils de Me. Georges le Roy, Ecuyer, ancien Bâtonnier, mort, il y a quelques années, Doyen de notre Ordre, âgé d'environ 90 ans, fit dans cette affaire un très-bon Mémoire & une excellente réfutation du ſyſtême des héritiers des meubles.

Par Sentence des Requêtes du Palais, du 5 Avril 1745, au Rapport de M. Robert de Saint-Vincent, il fut jugé contre la contribution.

Appel de cette Sentence. Il parut ſur cette queſtion un ample Mémoire de la part des héritiers mobiliers, & tout le ſyſtême de ce Mémoire conſiſtoit à dire, que de droit général, toutes les dettes d'un défunt étoient la charge de tous ſes biens; qu'il falloit par conſéquent les répartir généralement ſur tous les biens, eu égard à leur valeur.

Me de Gennes, Avocat, Auteur du Mémoire, établiſſoit parfaitement le principe général qui, de droit, aſſujettit tous les biens au paiement des dettes, au prorata de la valeur d'iceux.

Mais il convenoit, d'un autre côté, de la réalité des Coutumes en cette matiere; & dès-lors il n'avoit plus qu'un pas à faire pour conclure que les Coutumes étant réelles, elles peuvent, par des diſpoſitions réelles, changer le droit général; & dans ſon ſyſtême, elles le changent effectivement, puiſque, ſelon lui, l'héritier des meubles, après la répartition, paie en l'acquit de l'héritier des propres de Metz, la part des dettes mobiliaires qui ont été réparties ſur les propres de cette Coutume.

Mais il n'admettoit ce paiement des dettes mobiliaires, par l'héritier mobilier, qu'après l'exécution du principe général; c'eſt-à-dire, après la répartition ſur la totalité des biens, au lieu qu'il étoit naturel de conclure que ſi les Coutumes, par des diſpoſitions réelles, peuvent déroger en partie au droit général, elles y peuvent déroger en tout.

Ainſi la Coutume de Metz voulant que les dettes mobiliaires ſoient payées en totalité ſur les meubles, & pouvant faire la loi à ces meubles, & leur impoſer telles charges qu'elle

juge à propos, il n'eſt plus queſtion dès-lors de recourir au droit général & commun; il faut obéir à la réalité de la Coutume qui régit les meubles.

Les héritiers mobiliers convenoient que la Coutume du défunt régiſſoit, à la vérité, ſes dettes actives & perſonnelles, parce qu'elles étoient inhérentes en la perſonne; mais ils prétendoient qu'à l'égard des dettes perſonnelles paſſives, il en étoit autrement: que ces dettes étoient une privation ſeulement de biens, une diminution de patrimoine qui n'avoit rien de perſonnel, dès que le débiteur étoit mort, parce qu'il n'y avoit plus de ſujet en qui cette action pût réſider; qu'ainſi la Loi du domicile ne pouvoit régir les actions paſſives mobiliaires, ou autres, & que par conſéquent elle n'en pouvoit pas charger les meubles du défunt.

Mais ces raiſonnements étoient autant de paradoxes.

1°, il eſt difficile de concevoir comment l'action perſonnelle ne ſubſiſtant plus contre le défunt, l'action ſur ſes biens pouvoit encore ſubſiſter. Celle-ci n'eſt que l'acceſſoire de la premiere; & le principal étant éteint, l'acceſſoire ne peut pas ſubſiſter.

2°, Eſt-il vrai que quand un débiteur meurt, toute action perſonnelle que le créancier avoit, ſoit éteinte? On convient qu'on ne peut pas pourſuivre le mort; mais ſi l'action ne ſubſiſte plus contre Jacques, défunt, elle ſubſiſte & s'exerce contre Jean, ſon héritier, en vertu de la maxime. *Hæres ſuccedit in virtutes & vitia. Virtutes*, ce ſont les créances actives. *Vitia*, ce ſont les créances paſſives.

3°, Accordons, pour un moment, que l'action perſonnelle ſoit éteinte, & qu'il ne ſubſiſte que l'action ſur les biens. Peut-on douter que la Loi qui régit les biens, peut charger ces biens plus, ou moins, ſelon qu'elle le juge à propos? C'eſt ainſi que certaines Coutumes chargent les acquêts pour décharger les propres.

Or, ſi cela ſe peut, pourquoi ne veut-on pas que la Coutume qui régit les meubles, & qui les accorde à l'un plutôt qu'à l'autre, ne puiſſe pas charger ces meubles des dettes mobiliaires?

*Benè ſit*, répond-on, par rapport à la portion des dettes mobiliaires & perſonnelles que les meubles peuvent ſupporter après la répartition, & non pas toutes les dettes entieres; mais pourquoi veut-on gêner & reſtreindre l'autorité des

Coutumes ? Les dettes perſonnelles mobiliaires paſſives ſont attachées à la perſonne, comme y ſont attachés les meubles & les créances mobiliaires actives ; & en déférant les unes, elles peuvent les charger & grever, & leur impoſer des conditions, en ſorte que quand l'héritier des meubles, chargé des dettes mobiliaires, veut s'en décharger ſur des biens ſitués ailleurs, la Loi qui lui défere les meubles, & qui fait ſon titre, eſt un obſtacle invincible.

Qu'on ne diſe pas qu'il y a autant de ſucceſſions, qu'il y a de biens répandus dans différentes Coutumes : car par rapport aux meubles & aux charges mobiliaires, il n'y a qu'une ſucceſſion & une ſeule Coutume, & c'eſt la même Coutume qui régit les unes & les autres. Sur toutes ces raiſons alléguées de part & d'autre, eſt intervenu un Arrêt confirmatif de la Sentence, au rapport de M. Rolland de Challerange, Magiſtrat, qui a été, pendant un grand nombre d'années, un excellent Avocat, & qui eſt préſentement un grand Juge. Cet Arrêt ſe trouvera à la fin de cette Diſſertation.

Nous avons dit ci-devant que la Coutume de Metz n'aſſujettiſſoit l'héritier mobilier aux dettes mobiliaires, que juſqu'à concurrence du mobilier, quand il y avoit inventaire, en ſorte que le mobilier épuiſé, le ſurplus ſe répartiſſoit ſur tous les autres biens de la ſucceſſion. C'eſt dans ce ſens qu'il faut entendre Mornac, ſur la Loi 50, *ff. de Judiciis*, §. *Tractatum : Si agatur de diſſolvendo ære alieno à pluribus hæredibus quorum unus mobilia habeat, bona autem ſint in diverſis Provinciis quæ de hæreditariis debitis variè ſtatuunt, puta apud Turones, tenetur ad omnia perſonalia debita, qui mobilia præcipit : apud Pictones vero, ut nihil de mobilibus ſtatuitur, ita & primogenitus ex æquo hæreditatem una cum reliquis ſuis fratribus liberat. In illâ igitur diverſitate conſuetudinum, calculi iſtius ratio potior viſa eſt Patronis qui in hoc accerſiti ſunt anno* 1602, *computanda ſcilicet omnia defuncti bona, omniaque perſonalia debita, dicimus* faire une maſſe de tous les biens, *ita ut ſi quadraginta millia in bonis comperiantur, quorum decem, puta, exiſtunt in Turonia, & 30 in Pictavia, 30 autem millia æris alieni ſunt, tunc 20 millia ex æquo ſolvenda eſſe ab omnibus habitâ ratione conſuetudinis Pictonicæ, decem autem millia à ſolo hærede primogenito, ut qui ſolus ſit hæres mobilium, inſpectis nempè Turonum moribus.*

Voici encore une eſpece qui concerne les rapports, & qui appartient à nos queſtions mixtes.

M. d'Anican, Maître des Comptes à Paris, & la Dame ſon épouſe, avoient acquis pluſieurs Terres en Bretagne & dans la Coutume de Senlis.

Le 3 Avril 1714, ils marierent à Paris, où ils étoient domiciliés, le ſieur d'Annebaut, leur ſecond fils, qui étoit encore mineur. Voici la clauſe de la dotation, de la part des ſieur & Dame d'Anican. Ils font en faveur dudit mariage, & pour marquer leur ſatisfaction, donation entre vifs irrévocable audit ſieur futur époux, leur fils, ce acceptant, de la ſomme de 800000 livres en avancement de leurs futures ſucceſſions, laquelle ſomme ils promettent & s'obligent ſolidairement ſous les renonciations requiſes, fournir, bailler & payer audit ſieur futur époux, leur fils, la veille des épouſailles; ſavoir, 220000 l. pour laquelle ſomme ils lui délaiſſeront en toute propriété, la Terre & Seigneurie de la Nuzouarne, avec toutes ſes appartenances & dépendances, ſituée dans la Province de Bretagne, pour en jouir du jour dudit mariage; 350000 livres en deniers comptants, & 192500 livres, pour leſquels ils conſtitueront ſolidairement 7700 livres de rente, & 37500 livres en principaux ſur les Aides & Gabelles.

Au décès des ſieur & Dame d'Anican, M. d'Annebaut renonça à leurs ſucceſſions.

Ses freres & ſœurs prétendirent qu'au moyen de cette renonciation, il avoit perdu la propriété de la Terre de la Nuzouarne ſituée en Bretagne; parce que, ſuivant cette Coutume, *art.* 199, nul ne peut donner aucune choſe à ſes héritiers préſomptifs, ni aux deſcendants d'eux, pas même juſqu'à concurrence de ſa légitime; & le donataire, héritier préſomptif, ne conſerve le don, qu'en ſe portant héritier; parce que, comme dit d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 9, *n.* 10, on ne peut dans cette Coutume, *nemini licet mutare titulum adeptionis legitimæ portionis ſuæ, quin habeat ut hæres.*

M. d'Annebaut prétendit n'être pas obligé de remettre à la ſucceſſion cette Terre de la Nuzouarne, non pas qu'il ne convînt qu'en Bretagne, on ne pouvoit retenir, dès que l'on renonçoit à la ſucceſſion. La réalité de la Coutume de Bretagne, où cette Terre eſt ſituée, étoit trop préciſe; mais il prétendit qu'elle lui avoit été donnée *in ſolutum* de partie de la dot qui

lui avoit été promiſe, & ſubſidiairement il prétendit du moins en pouvoir reprendre le prix ſur la Terre du Pleſſis que ſes pere & mere poſſédoient lors de ſon mariage, & ſituée dans la Coutume de Senlis, où l'enfant qui renonce, peut conſerver les donations qui lui ont été faites en avancement d'hoirie; & à cet effet il avoit formé oppoſition au décret volontaire des Terres de Senlis.

Quant au premier moyen, il s'efforçoit de faire voir que c'étoient 800000 livres qui lui avoient été données, & que la Terre ne lui avoit été fournie qu'à compte de cette ſomme.

Quant au moyen ſubſidiaire, il le fondoit, 1°, ſur la garantie que lui devoient ſes pere & mere. 2°, A titre du moins de récompenſe & d'indemnité.

Contre le premier moyen on lui fit voir que les pere & mere lui avoient donné directement la Terre de la Nuzouarne; que ce n'étoit pas *datio in ſolutum*, ſur les 800000 livres, mais que c'étoit cette Terre qui lui avoit été donnée, faiſant partie des 800000 livres; qu'il ne falloit pour cela que conſulter la clauſe de la dotation en ſon entier, & dont les diſpoſitions étoient indiviſibles.

Contre la demande en garantie, on lui oppoſoit que l'éviction ne naiſſoit que de ſon propre fait, de ſa renonciation à la ſucceſſion de ſes pere & mere, & que cette éviction légale, qui n'étoit que la ſuite de la renonciation, n'opéroit aucune garantie.

En effet, les pere & mere avoient nommément donné en avancement d'hoirie, & les pere & mere ſont d'ailleurs préſumés donner à leurs enfants de cette maniere, par une anticipation & préoccupation de leurs ſucceſſions. On avoit déſigné la ſituation de la terre ſituée en Bretagne. La Loi de Bretagne étoit une Loi publique, & le fils, en recevant cette Terre, étoit préſumé s'être ſoumis à cette Loi, & ne l'avoit reçue que ſous les modifications & conditions de cette Loi. On n'avoit ſtipulé contre les pere & mere dotateurs, aucune clauſe de garantie en cas d'éviction légale. Ainſi M. d'Annebaut ne pouvoit, de convention, exercer aucune garantie, & il paroît, par les Mémoires des Parties, que M. d'Annebaut n'inſiſtoit pas beaucoup ſur cette garantie.

Mais le fort de ſa défenſe roula ſur l'indemnité, & la récompenſe qu'il prétendoit lui être dûe, du moins par conſéquence.

Pour y parvenir, il établiſſoit pour propoſition, que les contrats de Mariage ont la même faveur & la même nature que les teſtaments dans les points qui autoriſent la récompenſe, la garantie, ou l'indemnité. Il citoit à cet effet Me Jean-Marie Ricard, en ſon Traité des Donations, *part.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 2, *diſt.* 2, *n.* 1060.

Delà il prétendoit que les contrats de mariage étoient ſuſceptibles d'interprétation & d'ampliation, ainſi que les Teſtaments.

Or, diſoit-il, les diſpoſitions teſtamentaires ſont ſujettes à récompenſe & indemnités. Dupleſſis, ſur Paris, *tit. des Teſtaments, ch.* 1, *ſect.* 7. Les Auteurs des Notes ſur Dupleſſis. Le Compilateur, *art.* 295, *n.* 6. L'Arrêt de 1699, rendu conformément aux concluſions de M. l'Avocat-Général d'Agueſſeau, depuis Chancelier de France.

Il ajoutoit que M. d'Anican, auteur de la dotation, avoit voulu qu'il eût la ſomme de 220000 livres, au défaut de la terre de la Nuzouarne, & cela par trois circonſtances.

1°. La nature du contrat de mariage, celui de tous les contrats qui doit avoir plus de ſtabilité en aſſurant la fortune des enfants.

2°. La ſomme donnée, c'étoit principalement une ſomme, & non pas une terre qui lui avoit été donnée.

3°. L'eſtimation de la terre. Elle avoit été eſtimée 220000 livres, c'eſt donc une ceſſion, *datio in ſolutum ;* c'eſt une vente ſujette à garantie, une pareille eſtimation emporte une préſomption de volonté, d'où dérive une obligation de garantie, récompenſe ou indemnité.

Les héritiers répondoient que M. d'Annebaut prenoit pour fondement de ſon indemnité l'exemple des teſtaments, queſtion la plus controverſée de toute la Juriſprudence ; mais queſtion qui ne pouvoit influer ſur celle qui étoit à juger.

Que Ricard, *n.* 1436, avoit reconnu que la queſtion de l'indemnité en fait de teſtaments, étoit fort confuſe dans nos Livres ; que ce qu'en avoient écrit nos Auteurs, ſervoit plutôt à l'embarraſſer qu'à la décider ; que les Arrêts étoient pareillement contraires entre eux ; que du Molin étoit contraire à lui-même ; que Chopin ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 4, *n.* 16, s'étoit élevé fortement contre la récompenſe, ainſi que Coquille ſur *l'Article* 1, des Teſtaments. Le Brun, Traité des Succeſ-

ſions, *n.* 5, des réſerves Coutumieres. Rénuſſon, traité des propres, & Louet, Lettres *L. M.* & *V.* & l'Arrêt du 15 Juin 1679.

Mais que cette queſtion étoit étrangere, & que ce que l'on pourroit juger en matiere de diſpoſitions teſtamentaires n'avoit aucun trait aux donations entre vifs. Ricard, *n.* 1457.

Sur ces moyens de part & d'autre, Arrêt du 17 Août 1742, en la Grand'Chambre, au rapport de M. Bochard de Sarron, confirmatif de la Sentence de Meſſieurs des Requêtes du Palais, du 23 Mars 1741, qui avoit débouté M. d'Annebaut d'une oppoſition par lui formée au décret volontaire de pluſieurs terres ſituées à Senlis, provenant de la ſucceſſion d'Anican, pour la garantie, récompenſe & indemnité de la terre de la Nuzouarne.

---

## *PIECES*

### Dont eſt fait mention dans la préſente Diſſertation.

*Requête de la Dame de Duras & conſorts.*

» LEur donner acte de leur déclaration qu'ils ne prétendoient aucun droit dans le mobilier, & dans les conquêts délaiſſés par l'Evêque de Metz, ni aucuns dans les différents propres de ſa ſucceſſion, autres que ceux ſitués en Bretagne, procédants de l'eſtoc de Charles de Camboult, ce faiſant, & attendu que par la Requête du 17 Avril 1734, donnée par la Comteſſe de Blanſac & conſorts, & par la Sentence du 9 Mai 1737. M. le Prince de Lambeſc a été reconnu pour être le ſeul héritier deſdits propres de Bretagne, qu'il en a toujours joui paiſiblement, ordonner que ſa ſucceſſion en demeureroit propriétaire incommutablement, & débouter le Duc d'Eſtiſſac & conſorts, de leur demande en partage contre le Prince de Lambeſc, les débouter également de leur demande à ce que contribution ſoit préalablement faite ſur tous les biens de l'Evêque de Metz, des dettes & charges de ſa ſucceſſion, & cependant donner acte auxdits héritiers de leur Déclaration, qu'ils ont toujours entendu acquitter, & qu'ils acquittent en effet les charges réelles

» &

» & foncieres ſur les propres de Bretagne, ſans, pour raiſon » de ce, vouloir exercer aucun recours, leur donner acte pareil- » lement de leurs offres, de contribuer au prorata de l'émolu- » ment avec tous les héritiers des propres, au paiement de ce » qui pourroit reſter dû par la ſucceſſion de l'Evêque de Metz, » après que, conformément aux diſpoſitions de la Coutume de » Metz, *art.* 789, *tit.* des ſucceſſions, & à celle de Bretagne, » *art.* 552, les meubles généralement quelconques, & acquêts » régis par la Coutume de Metz, auront été totalement épui- » ſés, & qu'en cas d'épuiſement total, & d'inſuffiſance des » meubles & effets mobiliers, & acquêts pour le paiement des » dettes & charges de la ſucceſſion de l'Evêque de Metz, il ſe- » roit juſtifié auxdits héritiers du montant de tout le mobilier » & des acquêts, & de l'emploi d'iceux, & au ſurplus con- » damner le Comte d'Eſtiſſac aux dépens.

*Requête donnée par le ſieur Comte d'Eſtiſſac & conſorts.*

» Mettre l'appellation, & ce dont eſt appel au néant, éman- » dant ſans s'arrêter, ni avoir égard à toutes les demandes, fins » & concluſions priſes par leſdits Dame Princeſſe de Lambeſc » & conſorts, ordonner qu'en procédant au partage des biens » de la ſucceſſion de M. l'Evêque de Metz, leſdits Princeſſe » de Lambeſc & conſorts, en qualité d'héritiers du Prin- » ce de Lambeſc, qui l'étoit dudit Evêque de Metz, quant » aux terres ſituées en Bretagne, provenantes de l'eſtoc de Char- » les du Cambouſt, Baron de Pont-Château, ſeroit tenu de » contribuer avec ledit Duc d'Eſtiſſac & conſorts, eſdits » noms qu'ils procédoient, au paiement de toutes les dettes de la » ſucceſſion dudit feu Seigneur Evêque de Metz, aux termes » de Droit, *& pro modo emolumenti*, décharger ledit Duc » d'Eſtiſſac & conſorts, des condamnations contre eux pro- » noncées par ladite Sentence, & condamner la Dame Prin- » ceſſe de Lambeſc & conſorts aux dépens.

*Sentence des Requêtes du Palais en la ſeconde Chambre.*

» La Cour ayant égard à la demande du 18 Mars dernier, » formée par la Dame Jeanne-Marguerite-Henriette de Durfort » de Duras, veuve de Louis-Charles de Lorraine, Prince de

» Lambeſc, & par Charles de Lorraine au nom, & comme
» Tuteurs honoraires conjointement de Louis-Charles de Lor-
» raine, Comte de Brionne, François-Camille de Lorraine,
» Charlotte-Louiſe & Henriette-Agathe de Lorraine, enfants
» mineurs héritiers par Bénéfice d'inventaire de Louis de Lor-
» raine, leur pere, Philippe l'Empereur d'Orival Tuteur oné-
» raire dudit Comte de Brionne, Pierre-Etienne Jeauvart, au
» nom & comme Tuteur onéraire deſdits François-Camille,
» Charlotte-Louiſe & Henriette-Agathe de Lorraine, & Jean-
» ne Louiſe de Lorraine, fille majeure, les maintient & garde
» dans la propriété, poſſeſſion & jouiſſance des terres ſituées
» en Bretagne, comme propres paternels de la ſucceſſion de
» Henri-Charles du Cambouſt, Evêque de Metz, à la charge
» par eux, ſuivant leurs offres portées par leur Requête dudit
» jour 18 Mars dernier, d'acquitter ſeuls les charges réelles &
» foncieres impoſées ſur leſdites terres. Ordonne que parde-
» vant le Conſeiller Rapporteur, il ſera procédé à la contri-
» bution aux dettes, charges & legs portés par le Teſtament du-
» dit défunt de Cambouſt, Evêque de Metz, dans laquelle
» contribution leſdits mineurs héritiers bénéficiers du défunt,
» Louis de Lorraine, Prince de Lambeſc, n'entreront point
» pour les terres à eux ci-deſſus adjugées, ſauf à Louis-Armand-
» François de Roie de la Rochefoucault, Duc d'Eſtiſſac, Gui-
» Marie de l'Opriac, Comte de Donges, & ſon épouſe, Louis
» Marquis de Brichanteau, & Armand-Emmanuel Dupleſſis
» de Richelieu, Duc d'Agenois, & ſon épouſe, ayant repris
» tant au lieu du Comte de Blanſac, que du Comte de Saint-
» Florentin & du Maréchal de Nangis, par actes des 7 Juin
» 1737, 23 & 24 Avril 1743, à former entre eux reſpective-
» ment dans ladite contribution, telles demandes & actions
» qu'ils aviſeront bon être. Défenſes réſervées au contraire,
» & à la charge par les Tuteurs deſdits mineurs, en cas d'inſuf-
» fiſance des meubles & acquêts, de contribuer ſuivant leurs
» offres portées par ladite Requête du 18 Mars dernier, aux
» dettes & charges de ladite ſucceſſion dudit de Cambouſt, Evê-
» que de Metz. Sur le ſurplus des demandes, fins & conclu-
» ſions des parties, a mis & met les parties hors de Cour, con-
» damne le Duc d'Eſtiſſac en tous les dépens.

*Arrêt en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au Rapport de M. Rolland de Challerange.*

» Notredite Cour, par ſon Jugement & Arrêt, en tant que » touche l'appel interjetté de ladite Sentence des Requêtes du » Palais, du 5 Avril 1745, par ledit Gui-Marie de l'Opriac, » de la Dame Marie-Louiſe de Roie de la Rochefoucault, ſon » épouſe, & leurs conſorts, eſdits noms, & par ledit Philippe- » Eynard de Clermont-Tonnerre, à l'égard de la Dame Jeanne- » Marguerite-Henriette de Durfort de Duras, veuve de Louis » de Lorraine de Lambeſc & de ſeſdits conſorts, eſdits noms; » ſans s'arrêter aux demandes deſdits de l'Opriac & conſorts, » portées par leurs Requêtes du 23 Avril 1746, dont ils ſont » déboutés, ayant aucunement égard aux demandes de la Da- » me de Durfort de Duras, dudit de Lorraine de Lambeſc, » de Charles de Lorraine, Comte d'Armagnac, Pair & » Grand-Ecuyer de France, & conſorts, portées par leur Re- » quête du 18 Décembre 1745, a mis & met leſdites appella- » tions au néant; ordonne que ladite Sentence dont a été ap- » pellé, ſortira ſon plein & entier effet; condamne leſdits de » l'Opriac & conſorts, ledit de Clermont-Tonnerre, cha- » cun à leur égard, en l'amende ordinaire de 12 livres, & en » tous les dépens des cauſes d'appel & demandes; ayant au- » cunement égard aux demandes deſdits de Durfort de Duras, » veuve dudit Louis de Lorraine de Lambeſc & conſorts, » portées par leur commiſſion & exploit des 16 & 19 Octobre » & 15 Décembre 1745, ſans s'arrêter aux demandes deſdits » Louis-Réné de Guerchi & Louis de Brichanteau, portées par » leurs Requêtes du 26 Octobre 1746, dont ils ſont déboutés, » déclare le préſent Arrêt commun avec leſdits de Raguier & » de Brichanteau, dépens à cet égard compenſés; ayant aucune- » ment égard aux demandes de la Dame de Durfort de Duras, » veuve dudit Louis de Lorraine de Lambeſc & de ſes conſorts ès » noms, portées par leurs Requête & exploit du 26 Février 1746; » ſans s'arrêter aux demandes deſdits Hyacinthe Gaétan, Comte » de Lannion; Marie-Charlotte-Félicité de Clermont-Ton- » nerre, ſon épouſe; Louis-Claude de Clermont, Madelaine- » Aliſe-Tranquille de Clermont-Tonnerre, ſon épouſe, & » Jacques de la Villette audit nom de curateur & tuteur aux

» actions immobiliaires dudit Louis-Claude de Clermont & de » ſon épouſe, portées par leurs Requêtes des 8 Mars & 23 Avril » 1746, dont ils ſont déboutés, déclare le préſent Arrêt com- » mun avec leſdits de Lannion, Louis-Claude de Clermont, » leurs épouſes, & ledit de la Villette audit nom, & les con- » damne aux dépens, chacun à leur égard, deſdites interven- » tions & demandes, ſur le ſurplus met les Parties hors de Cour.

*Arrêt de Couart.*

» Notredite Cour, par ſon Jugement & Arrêt, faiſant droit » ſur le tout, a mis & met les appellations, Sentence & ce dont » a été appellé, au néant; émendant, a maintenu & gardé le- » dit Guiot dans la propriété & jouiſſance de tous les biens pro- » pres maternels dudit défunt Nicolas-François Couart, à lui » échus par la ſucceſſion de Marie Guiot ſa mere, & qui étoient » venus à ladite Marie Guiot, par la ſucceſſion de Pierre Guiot » ſon pere, ſitués dans les Coutumes de Paris, Orléans & Eſ- » tampes, & de ceux échus à la Dame Marie Guiot, par les ſuc- » ceſſions de Marie Laureau ſa mere, & d'une autre Marie » Laureau ſa couſine-germaine, ſitués dans l'étendue de la Cou- » tume d'Eſtampes, comme ayant fait ſouche de propres en la » perſonne de Marie Guiot; comme auſſi dans tous les propres » maternels appartenants audit défunt, du chef des pere & mere » de la Dame Marie Guiot, ſitués dans la Coutume de Chartres. » A pareillement maintenu & gardé ledit Jean Huguet, & Ma- » rie Blachon fille & héritiere de Marie Hoyau, vivant femme » en ſecondes noces dudit Huguet, en la propriété, poſſeſſion » & jouiſſance de tous les biens propres maternels dudit Ni- » colas-François Couart, venants & procédants, tant de Marie » Laureau & autre Marie Laureau, couſine de Marie Guiot, » que de ceux procédants de Jacqueline Petit, fille de Petit, » & de Jacqueline Laureau ſa femme, fille de Léon Laureau, » premier du nom, ſitués ès Coutumes de Paris & Orléans; » & en conſéquence ordonne que les fruits & revenus d'iceux » ſeront rendus & reſtitués auxdits Huguet & Blachon, tant » par ledit Guiot, que par leſdits Porcher, Filion & Couart, » & autres qui les ont pris & perçus depuis le décès dudit Ni- » colas-François Couart; ſavoir, pour les biens & revenus af- » fermés en deniers, loyers, ou rentes, ſuivant les fermages,

» rentes, au prix des baux par chacun an, & pour les autres biens » non affermés, ſuivant la liquidation qui en ſera faite à la ma- » niere accoutumée, par Experts, & gens à ce connoiſſants, » dont les Parties conviendront pardevant le plus prochain Juge » Royal des Lieux.

» Comme auſſi a maintenu & gardé leſdites Hélene Porcher, » veuve de Touſſaint l'Héritier; Marie-Anne Filion, veuve de » François le Roux; & Marie-Louiſe Couart, veuve Mathurin » de Chartres, dans la propriété & poſſeſſion des biens qui, » dans la branche des Laureau, ſeront juſtifiés venir de Marie » Godin & de la mere de Marie Laureau, couſine de Marie » Guiot, qui a été ſon héritiere, ſitués dans les Coutumes de » Paris & Orléans; condamne ledit Guiot à leur rendre & » reſtituer ce qu'ils juſtifieront en avoir été par lui reçus, tant » en principal, intérêts, que loyers, ſuivant la liquidation qui » en ſera faite par-devant le Juge commis par le préſent Arrêt.

» Déclare le préſent Arrêt commun avec Jean Liger, Su- » zanne Gentil, veuve de défunt François Douille, & Alexis » Marcelin & ſa femme, pour être exécuté avec eux, ſelon ſa » forme & teneur. Fait main levée auxdits Huguet & Blachon » de l'oppoſition & empêchement formé par leſdits Liger, en- » ſemble de l'oppoſition dudit Douille & ſa femme, ès mains » dudit Guiot; ce faiſant, ordonne que ſans s'y arrêter, le pré- » ſent Arrêt ſera exécuté.

» Condamne ledit Huguet & ſa femme de rendre & rem- » bourſer auxdits Porcher, Filion & Couart, la moitié des dé- » pens qui ont été faits en cauſe principale entre elles & ledit » Guiot, & en la moitié de ceux des cauſes d'appel & demandes, » juſqu'au 18 Décembre 1709, jour de leur intervention; » comme auſſi à payer leur part & portion des frais de l'inven- » taire, à proportion de ce qu'ils amendent dans la ſucceſſion » dudit défunt Couart; & en conſéquence ſur les autres de- » mandes, fins & concluſions, met les parties hors de Cour. » Condamne leſdits Porcher, Filion & Couart, & ledit Huguet » & ſa femme, chacun à leur égard, ès dépens de la cauſe d'ap- » pel & demandes envers ledit Guiot, même leſdits Porcher, » Filion & Couart, en ceux réſervés par l'Arrêt du 7 Septem- » bre 1709.

» Condamne auſſi leſdits Porcher & Filion, & Couart en » ceux de cauſe d'appel & demande envers leſdits Huguet &

» Marie Blachon, faits depuis leur intervention ſeulement. » Condamne auſſi leſdits Liger, Suzanne Gentil, Marcelin & » ſa femme ès dépens faits, à leur égard, envers leſdits Guiot, » Huguet & Blachon, Porcher & Filion, & Couart, même » ledit Marcelin, en ceux réſervés par l'Arrêt du 23 Avril 1711; » les dépens des cauſes principales & tous autres que ceux ci- » deſſus adjugés, compenſés; l'exécution du préſent Arrêt à » notredite Cour réſervé en la premiere Chambre des Enquê- » tes. Mandons au premier notre Huiſſier, ou Sergent, mettre à » exécution le préſent Arrêt. Donné en Parlement, le 21 Août, » l'an de grace 1711; & de notre regne, le ſoixante-neuf. » Collationné, &c.

*Le vingt-trois Octobre mil ſept cent onze, ſignifié & baillé copie à Mes. Argenton, R. Bigot, Guignace & Cheſnaye.* Signé, SIMON, *avec paraphe.*

## OBSERVATION XVIII.

### *Excluſion des Filles.*

PLUSIEURS de nos Coutumes concourent à exclure les filles des ſucceſſions, quand il y a des mâles, & il ſemble que cette excluſion ſoit fondée dans la Police que Dieu avoit établie entre les Iſraélites, aux nombres, *ch.* 27, *n.* 8, *Homo cùm mortuus fuerit abſque filio, ad filiam ejus tranſibit hæreditas;* mais cette excluſion des filles eſt très-variée parmi nous.

Dans l'ancienne Coutume de Bretagne, le mariage convenable & ſortable d'une fille née de pere & mere nobles d'extraction, n'eût-elle point reçu de dot, ſuffiſoit pour l'exclure de leur ſucceſſion, *art.* 224 & 225; mais dans la nouvelle, il faut une dot quelle qu'elle ſoit, *art.* 557.

En Nivernois, au contraire, il n'eſt pas néceſſaire que la fille ſoit mariée, mais il faut qu'elle ſoit dotée; mariée ou non, elle eſt excluſe dès que ſa dot eſt aſſurée. Coq. *art.* 24, *des Droits appartenants à gens mariés*, & cela a lieu également pour toutes les filles nobles ou roturieres.

En Anjou, *art.* 241, & au Maine, *art.* 258, la fille noble mariée à un homme noble, eſt excluſe des ſucceſſions paternelles & maternelles, n'eût-elle reçu qu'un bouquet de roſes; mais il faut qu'elle ait été mariée par ſon pere; le mariage fait par la mere n'opéreroit pas le même effet, *quia conſuetudo non exprimit de utroque, ut ſolet quando de utroque intelligit.* Mol.

Dans la Coutume du Loudunois, la fille mariée par le pere ou par la mere, n'eſt excluſe que de la ſucceſſion de celui ou celle qui l'a dotée, *art.* 26, du titre des ſucceſſions des fiefs.

Dans la Coutume du Bourbonnois, *art.* 305, la fille mariée & appanée, ſoit par le pere, ou par la mere, aïeul, ou aïeule, paternel, ou maternel, eſt excluſe deſdites ſucceſſions.

En Bourgogne, l'excluſion n'a lieu qu'autant que la fille a été mariée par pere & mere, ou par le pere du vivant de la mere.

Il y a des Coutumes qui excluent les filles dotées de toutes ſucceſſions collatérales, Bourbonnois, *art.* 305, dans les termes néanmoins de la repréſentation, tant qu'il y a hoirs mâles, ou deſcendants des mâles. On prétend même qu'elle eſt excluſe de celle de ſes freres, tant des biens paternels que maternels, lorſqu'étant héritiere de ſon pere, elle a été depuis ſon décès, mariée par ſa mere. Auroux ſur cette Coutume, & le Brun des ſucceſſions, *liv.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 5, *n.* 15, & il y en a qui les admettent aux ſucceſſions collatérales. V. Maine & Anjou.

Nous avons des Coutumes qui en excluant les filles dotées, leur réſervent le droit de demander leur légitime. V. Nivernois; & nous en avons où elles ſont excluſes de toute légitime. V. Anjou & Bourbonnois.

Enfin nous avons des Coutumes où la renonciation des filles mariées & appanées, ne ſemble pas pouvoir être admiſe; ce ſont celles que nous appellons Coutumes d'égalité parfaite, comme Vitry.

De cette variété de Coutumes, il naît un grand nombre de queſtions, dont nous allons toucher quelques-unes.

Nous obſervons d'abord que toutes ces diſpoſitions légales & ſtatutaires ſont pures réelles: la raiſon en eſt qu'elles concernent les ſucceſſions; que les biens qu'elles dirigent, ſont le matériel de ces diſpoſitions; qu'elles les reglent directement & principalement, & c'eſt peut-être ce qu'il y a en cette matiere de plus certain entre nos Auteurs.

Mᵉ Charles du Molin, *art.* 33, *du tit.* 19, de la Coutume de Berry, en fait un principe de déciſion : cet article porte que les enfants qui auront renoncé par contrat de mariage à la ſucceſſion de leurs pere & mere, ſont inhabiles à ſuccéder. Sur quoi Mᵉ Ch. du Molin a mis cette note, *& nepotes ex eis præmortuis, quia conſuetudo realis eſt;* & c'eſt ce principe de réalité qui lui fait dire ſur *l'art.* 241, de la Coutume d'Anjou, qui porte que tant qu'il y a hoirs mâles de pere & mere, ou repréſentation d'hoirs mâles, la fille eſt inhabile *ad ſuccedendum* à pere, mere, aïeul & aïeule, que cette fille eſt pareillement excluſe, *in bonis ſitis in aliis locis ubi eſt ſimilis conſuetudo ;* & pour preuve, il cite l'Arrêt de la Platriere, Seigneur de Bordieu, domicilié en Bourbonnois où ſes biens étoient ſitués. Il eſt vrai qu'il ajoute, *ſed ſi domicilium* eſt en Anjou, *filia abſque renunciatione expreſſa, non ſit inhabilis niſi inter nobiles*, ce qui peut former quelque obſcurité, & faire croire que le domicille entre pour quelque choſe dans cette queſtion.

Mais il ne parle ici que dans la préſuppoſition que les biens d'un domicilié en Anjou, ſont ſoumis à la Coutume d'Anjou, comme les biens du ſieur de la Platriere, domicilié en Bourbonnois, étoient ſoumis à celle du Bourbonnois, & dans cette eſpece, il marque la différence qu'il y a entre ces deux Coutumes. Celle d'Anjou n'admet d'excluſion qu'entre nobles, & celle du Bourbonnois l'admet indifféremment entre roturieres comme entre nobles.

Delà il ſuit qu'il faut exactement ſe fixer à examiner la Loi de la ſituation, ſans recourir ni à la Loi où le mariage a été célébré, ni indiſtinctement à la Loi du domicile des pere & mere de la fille mariée, ni même à d'autres principes plus éloignés.

Mᵉ Ch. du Molin étoit bien convaincu de ce principe, lorſque dans ſon Conſ. 15, *n.* 22, il obſerve qu'en France il y a des Coutumes comme en Auvergne, où l'inſtitution d'héritier univerſel a lieu par contrat de mariage, & qu'il ajoute, *& ita judicatur in omnibus bonis mobilibus, & nominibus ubicumque ſitis, & in prædiis ſitis intra fines loci ipſius conſuetudinis.* Mᵉ Ch. du Molin ne va pas plus loin, & n'étend pas ſa déciſion aux biens ſitués ailleurs, dans la crainte ſans doute de bleſſer la diſpoſition réelle des autres Coutumes.

C'eſt pourquoi je ne me déterminerai pas ſur ces queſtions par le principe de Bartole, qui eſt que le Statut qui exclut les

les filles dotées *eſt prohibitivum in perſonam, ſed odioſum*, & que par cette raiſon, il doit être renfermé dans ſon territoire; *& tunc non extendetur extra territorium.* Et pour connoître ſi ce Statut prohibitif eſt odieux, je n'aurai pas recours à la maxime d'Alciat, *favorem, vel odium Statuti debere conſiderari reſpectu prohibiti, cùm omnia Statuta limitantia, vel corrigentia jus commune, non poſſunt eſſe favorabilia uni, quin ſint odioſa alteri;* mais je me renfermerai dans le matériel du Statut qui eſt tout réel, ne s'agiſſant que de ſucceſſion : c'eſt par la raiſon de la réalité qu'une fille non mariée ſera héritiere à Paris, & y aura portion entiere, pendant qu'elle ne prendra qu'un mariage avenant en Normandie, ſur les biens de Normandie. Voyez Evrard en ſa Méthode pour liquider les mariages avenants des filles, *page* 41.

S'il y a des biens hors la Province de Normandie, dit-il, ſi ce ſont des immeubles en fonds d'héritages, on ne les fait point entrer dans la liquidation du mariage avenant qu'on arbitre ſur les biens de Normandie ſeulement, ſauf aux filles à prendre leur part ſur ces immeubles, ſuivant la diſpoſition des Coutumes où ils ſont ſitués. Voyez encore Me Froland en ſes Mémoires ſur les Statuts, *tom.* 2, *ch.* 31, *pag.* 1503 & 1512.

Mais pour nous rapprocher de plus près des objets de notre Diſſertation, c'eſt par la raiſon de la réalité qu'une fille mariée en quelque Coutume que ce ſoit, même en Coutume d'égalité, quoique non dotée, eſt néanmoins excluſe dans toutes les Coutumes où la ſimple maritation ſuffit, comme dans la Coutume de Normandie, *art.* 250 & 252, parce que dans quelque Coutume que la fille ſoit mariée, elle porte dans ces dernieres Coutumes une qualité de mariée qui l'exclut néceſſairement dans ces Coutumes.

Par la même raiſon telle fille mariée ſans dot, ou dotée ſans être mariée, ne ſera pas excluſe dans les Coutumes qui exigent, *copulative*, maritation & dotation.

On dit maritation & dotation, *copulative :* car il faut l'un & l'autre dans ces Coutumes; de ſorte que l'excluſion même conventionnelle n'auroit plus lieu dans ces Coutumes, encore que le mariage projetté s'enſuivît depuis la mort du pere dotateur; mais il ſeroit en ce dernier cas de précaution, de proteſter par la fille qu'elle n'entend pas exécuter la clauſe de renonciation portée au contrat de mariage, & qu'elle s'en

tient aux droits acquis par la mort de ſon pere : il y en a Arrêt, du 19 Janvier 1639, rendu en la Coutume de Poitou, dans l'eſpece, à la vérité, d'un pere qui n'avoit rien promis qu'après ſa mort. Cette circonſtance étoit effectivement déciſive; mais quand il auroit promis de payer actuellement, s'il meurt avant que d'avoir marié, il y auroit lieu de juger encore la même choſe : le pere dote ſi l'on veut; mais il ne marie pas, il conſent ſeulement à un mariage à faire, & il faut, *copulative* l'un & l'autre. Cet Arrêt eſt rapporté au Journal des Audiences par énonciation ſeulement; & comme les ploidoyers des parties ſont inſérés dans l'Arrêt, enſemble celui de M. Talon, Avocat-Général, il ſera tranſcrit en entier ci-après. Cet Arrêt fixe le choix que l'on doit faire entre les différentes notes de Me Ch. du Molin, ſur cette queſtion.

Mais la fille mariée, & non dotée, & celle même mariée & dotée ſeront par la même raiſon admiſes dans les Coutumes qui ne prononcent pas d'excluſion, quand même elle auroit été mariée dans une Coutume d'excluſion, parce qu'une Loi contraire au Droit commun, n'a de force que dans ſon territoire, *& ſic in bonis ſitis in loco ubi non eſt talis conſuetudo, poterit ſuccedere.* Me Ch. du Molin, *C. de ſumm. trinit. verbo. concluſ. de Statut.* parce que, ſelon Alexandre, *illa Statuta excludentia fœminas dotatas, non porrigunt effectum ſuum ad bona quæ ſunt ſita extra territorium, conſil.* 128, *lib.* 1, *n.* 10.

Par la même raiſon encore, telle fille excluſe pourra demander un ſupplément de légitime dans une Coutume, & n'en pourra pas demander dans une autre. Coquille, *quæſt.* 131.

C'eſt pourquoi, à l'égard des Coutumes qui admettent les filles au ſupplément de légitime, lorſque par Contrat de mariage elles ont renoncé à la ſucceſſion de leur pere & mere, Me Ch. du Molin obſerve ſur *l'art.* 34, *du ch.* 19, de la nouvelle coutume du Berry, qui eſt du nombre de ces Coutumes, qu'une fille en ayant été déboutée, l'Arrêt ſeroit inique, & n'y faudroit avoir égard ſi la fille avoit été mariée, & avoit renoncé depuis cette nouvelle Coutume; & à l'égard des Coutumes qui n'admettent à aucun ſupplément de légitime, Albertus Brunus, en ſon Conſeil, *n.* 8, dit que, *ubi Statutum vult dotem eſſe juxta taxam patris, & quod filia debeat eſſe eâcontenta, plus petente, jam non eſſet contenta contra diſpoſitionem Statuti quod poteſt minuere legitimam;* & Me Ch. du Molin, en ſon *conſ.*

15, *n.* 15, remarque que *communis Sententia ubique obſervatur, uſque adeo ut nec læſionis ratio etiam in filia renuntiante habeatur, cùm futura ſucceſſio ſit incerta, ut etiam ſi poſtea appareat tam tempore contractûs matrimonii filiæ, quàm obitûs patris ipſam læſam fuiſſe etiam in tota legitima, ut in tota fere Francia judiciis ſupremorum tribunalium practicatur & obſervatur*, & il renvoie à ce qu'il a dit en ſes notes ſur Alex. *Conſ.* 29, *lib.* 3, *& au nombre* 22, du même Conſeil, il dit que c'eſt un ſentiment général, *quod legitima in totum per Statuium tolli poteſt.*

Mais de ces déciſions il naît une grande queſtion, qui eſt de ſavoir comment dans la concurrence des Coutumes dont les unes n'exigent que la ſimple maritation, & d'autres exigent une dot, les unes admettent au ſupplément de légitime, & les autres n'y admettent pas, comment, dit-on, ſe fera l'imputation de ce que la fille dotée a reçu?

Pour faire ſentir la difficulté, il faut feindre une eſpece.

Un homme a des enfants mâles & femelles, ſes biens ſont répandus dans toutes les différentes Coutumes dont nous venons de parler.

Il marie quelques-unes de ſes filles qu'il dote très-inégalement, il décede ayant d'autres filles non mariées, & des mâles.

Les filles mariées & dotées demandent un ſupplément de légitime dans les Coutumes qui les y admettent, & dans celles où elles ne ſont pas excluſes. Delà naît la queſtion de ſavoir ſi les filles dotées imputeront partie, ou le tout de ce qu'elles ont reçu, tant ſur les biens ſitués en Coutume qui n'admettent pas le ſupplément, que ſur ceux ſitués en Coutumes qui excluent de la ſucceſſion par la ſeule maritation.

Ces filles dotées prétendent, 1°. qu'elles ne ſont ſujettes à aucune imputation, & que ce qu'elles ont reçu, doit leur reſter en entier pour les biens ſitués ès Coutumes où elles ſont excluſes de la ſucceſſion, & de tout ſupplément de légitime.

2°. Que ſi on pouvoit jamais les obliger à imputer, il faudroit imputer & répartir toute la dot ſur les biens répandus dans les différentes Coutumes, même dans celles où la ſeule maritation ſuffit.

L'objet de ces moyens, de la part de ces filles dotées, eſt d'avoir, ſi faire ſe peut, leur légitime entiere dans les Coutumes qui les admettent à la légitime, ſans aucune diminution de ce qu'elles ont reçu; ou ſi elles ne peuvent parvenir à conſer-

ver tout ce qu'elles ont reçu, le répandre & l'imputer ſur tous les biens, pour d'autant moins diminuer la légitime qu'elles peuvent prétendre dans les Coutumes qui les y admettent.

Les autres enfants, au contraire, qui ont intérêt de diminuer les actions de leurs ſœurs dotées, prétendent qu'il faut néceſſairement faire une imputation; mais, 1°, qu'elle ne peut être faite ſur les biens ſitués en Coutumes, où la ſeule maritation ſuffit, parce que dans ces Coutumes, la dot ne ſauroit être regardée comme le prix de l'excluſion, puiſqu'il ne faut pas de dot pour l'opérer.

2°, Que leurs ſœurs dotées ne peuvent encore faire aucune imputation ſur les biens ſitués en Coutumes où la fille ne peut demander aucun ſupplément, pour ſi peu qu'elle ait été dotée; qu'il faut raiſonner de ces Coutumes, comme des premieres, par la raiſon que, *parum & nihil æquiparantur;* qu'ainſi toute l'imputation doit tomber ſur les Coutumes ſeules qui exigent une dotation, & ſur celles où elles peuvent prétendre un ſupplément de légitime.

M^e le Brun, *liv.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 5, *n.* 32, agite notre queſtion : « La fille, dit-il, qui eſt ainſi excluſe pour tous les biens » de Bretagne, ou de Normandie, & qui veut ſuccéder aux » biens de Paris, n'eſt pas obligée de rapporter ſa dot entiere, » puiſqu'à cauſe de cette même dot, elle eſt privée d'une partie » des biens de la ſucceſſion; mais la difficulté eſt de ſavoir comment ſe fait l'opération de ce rapport, ou plutôt de cette réduction de rapport : car pour ne rien oublier de toutes les ouvertures qui peuvent ſe propoſer ſur ce ſujet, 1°, quelques-uns » ſoutiendront que la fille venant au partage des biens de France, ne ſera obligée à aucun rapport, la dot étant préſumée » donnée pour la récompenſer dans les Coutumes d'excluſion. » 2°, D'autres diront qu'elle rapportera le tout, la dot préſumée donnée pour les biens de France excluant la fille des » biens de Bretagne. 3°, D'autres, que l'on doit faire une maſſe » de tous les biens, ſur l'évaluation deſquels l'on dira qu'elle » a eu tant pour les biens de France, & tant pour les biens de » Bretagne. 4°, D'autres, qu'elle ne rapportera point à proportion de ce que la Coutume d'excluſion lui auroit donné *ab* » *inteſtat*, ſi elle n'avoit pas été mariée; & d'autres enfin, qu'elle » conſervera, ſans le rapporter, ce que la Coutume d'excluſion » permettoit au pere de lui donner.

» La premiere opinion, dit cet Auteur, ne me revient pas, » n'étant pas à préſumer qu'un pere qui eſt toujours réputé ju- » dicieux dans la diſtribution de ſes biens entre ſes enfants, » ne dote ſa fille, qu'eu égard aux biens de Bretagne, quand » une bonne partie de ſes biens ſont en France, principale- » ment s'il l'a mariée en France, & qu'il lui donne en avan- » cement d'hoirie : car cette clauſe, qui ne vaut pas une ré- » ſerve dans les biens de Bretagne, quand le pere qui dote a » des biens en France, mais qui regarde la ſucceſſion des biens » de France, oblige au rapport. Je vais plus loin ; car quand » le pere demeureroit en Bretagne, & qu'il ne feroit point la » donation, préciſément en avancement d'hoirie, il ne faut » pas s'imaginer qu'il ne dote que pour les biens de Bretagne, » au contraire il eſt cenſé le faire *pro modo facultatum*, eu égard » à tous les biens.

» Cette même raiſon me feroit rejetter la ſeconde opinion » qui va à obliger la fille de rapporter le tout : car qui peut s'ima- » giner que le pere n'ait pas eu principalement égard aux biens » qu'il poſſédoit dans les Coutumes d excluſion, ces Coutumes » l'obligeant de doter ſa fille ? au contraire il y a apparence que » le pere déſirant récompenſer ſa fille dans ces Coutumes, lui a » plus donné pour ces Coutumes, que pour les autres ; ce qui » m'éloigne encore de la troiſieme opinion qui tend à l'évalua- » tion des biens : car l'équité paternelle ſemble s'oppoſer à ce » réglement : elle perſuade que le pere a plus donné à ſa fille, » pour les biens où elle ne devoit pas revenir.

» A l'égard de la quatrieme opinion, qui va à dire qu'il faut » laiſſer à la fille ce que la Coutume d'excluſion lui donnoit, » ſi elle n'avoit pas été mariée, & ſi elle étoit venue *ab inteſtat*, » elle me paroît fondée ſur une préſomption trop éloignée : » car enfin dans l'hypotheſe la fille eſt dotée, & le pere a doté ; » ainſi il faut prendre un milieu entre l'affection naturelle d'un » pere donateur & la diſpoſition de la Coutume, & juger, ſui- » vant la cinquieme & derniere opinion que le pere, a donné » pour les biens de Normandie, ou Bretagne, ce que la Cou- » tume lui permettoit de donner, & que ſa fille n'eſt obligée » de rapporter que le ſurplus, en venant à partage des biens » de France. On peut encore voir ce que dit à ce ſujet le même » M^e le Brun, *liv.* 3, *ch.* 6, *ſect.* 2, *n.* 34.

Ces queſtions ſont infiniment difficiles, & le ſont d'autant

plus, qu'outre qu'il y a peu de préjugés, il y a tant de raiſons pour & contre, que l'eſprit a de la peine à ſe fixer.

Il ſembleroit d'abord qu'il n'y auroit que trois partis à prendre ; le premier, de ne rien imputer ſur les Coutumes de ſimple maritation ; le ſecond, de tout imputer ſur ces Coutumes, & de n'imputer ſur les autres Coutumes, que l'excedant de ce que ces Coutumes de ſimple maritation, réunies enſemble, permettent de donner à la fille mariée ; le troiſieme, de répartir ſur toutes les Coutumes indifféremment.

Pour le premier parti, on dit contre les filles dotées, qu'elles ne peuvent pas imputer leur dot, ni en tout, ni en partie, ſur les Coutumes qui les excluent par la ſeule maritation, parce que le pere dotant, cette dotation reçoit la deſtination de ſa volonté expreſſe, ou préſumée. Or ce pere eſt préſumé vouloir ſe libérer envers ſes filles, & ſe décharger de l'obligation que la nature & la Loi lui impoſent, & en affranchir ſes biens, en ſorte que ces Coutumes n'exigeant pas de dotation, mais la ſeule maritation, le pere n'a ajouté la dot au mariage, que par rapport aux autres Coutumes qui chargeoient ſes biens, du moins d'une dot, & il ne faut pas dire que le pere, en ce cas, *non eſt functus officio pietatis*, & qu'une pareille déciſion *aperit feneſtram injuſtis exhæredationibus*. Ce n'eſt pas l'homme, c'eſt la Loi elle-même qui prononce cette eſpece d'exhérédation.

Qu'on ne diſe pas encore qu'il n'eſt pas poſſible de marier une fille ſans la doter : car il faut bien que cela ſoit poſſible, puiſque ces Coutumes ne l'ont point exigé ; la véritable dot d'une fille, la couronne du mariage dont parle Tertulien, & les autres Peres de l'Egliſe, eſt la bonne éducation, la ſageſſe & l'économie. *Dotatio virtus*. L'expérience nous apprend même que cette dot fructifie toujours, & ſouvent plus que toute autre, quelque conſidérable qu'elle ſoit.

C'eſt pourquoi quand M^e Ch. du Molin, *C. de ſum. Trinit.* en parlant d'une fille, laquelle, par ſon contrat de mariage, renonce à la ſucceſſion de ſes pere & mere, dit que cette fille pourra ſuccéder ailleurs, *conferendo dotem quam habuit, ſive ſucceſſio ſit directa, ſive collateralis, quia hoc caſu apparet fuiſſe datum ne ſuccederetur, ſive in locum portionis hæreditariæ.* Il parle, ſelon le Droit général, ſuivant lequel une fille doit être dotée pour la validité de ſa renonciation, & non pas d'une

Coutume de ſimple maritation. *Statuta excludentia intelliguntur ſalvâ dote congruâ :* car dans les Coutumes de maritation ſimple, on marie bien, *ne ſuccederetur ;* mais on ne dote pas *ne ſuccederetur,* puiſque la ſeule maritation ſuffit.

Pour le ſecond parti, on dit que le premier eſt trop dur, qu'il faut concilier les Loix avec plus d'humanité, & n'en pas faire des Loix cruelles & barbares : les filles ſont également le ſang de leurs pere & mere ; il n'eſt pas de Coutume qui ne leur réſerve, n'étant pas mariées, quelque portion dans leurs ſucceſſions pour les faire ſubſiſter. Si par raiſon d'état, dans la diſtribution que leurs pere & mere font de leurs biens, elles ne ſont pas ſi favoriſées que les mâles, il ne faut pas enchérir ſur la défaveur des filles : la Loi qui les exclut par la ſimple maritation, ne défend pas aux pere & mere de les doter, & il ſemble que quand ils les dotent, ils veulent corriger la dureté de la Loi qui les exclut de la ſucceſſion de leurs pere & mere, ſans autre indemnité que la ſimple maritation. Or la répartition de la dot ſur ces ſeules Coutumes de ſimple maritation, répare cette dureté, & chacune de ces Coutumes eſt préſumée fournir par-là un prix pour ces excluſions, & cette répartition ne ſe faiſant que juſqu'à dûe concurrence, il eſt convenable que l'excluſion des filles ne ſoit pas gratuite, dès que le pere a voulu doter.

Pour le troiſieme parti, on dit que la répartition ſur toutes les Coutumes, eſt plus dans le vœu des Loix, que toutes veulent le mariage des filles, & que toutes y doivent contribuer quand le pere a doté ; un pere qui dote eſt préſumé enviſager tous ſes biens. *Pater dotans veriſimiliter habet reſpectum ad totum patrimonium.*

Pour l'éclairciſſement de ces queſtions, il faut réfléchir ſur les différentes idées que les peuples ont pu avoir, lorſqu'ils ſe ſont fait des uſages & des Coutumes ſi variées, & ſi oppoſées entre elles.

Dans les Coutumes de ſimple maritation les peuples ont regardé les filles comme la fin de leur famille & le commencement d'une autre : les filles perdent leur nom ; anciennement dans les contrats c'étoit Marie, Jeanne, Marguerite, femme de, &c. ſans autres noms de famille : elles deviennent donc comme étrangeres à leurs parents, & ce qu'elles emportent dans leur nouvelle famille, eſt regardé comme une perte pour l'ancienne.

Dans ces idées ces peuples ont cru que les filles ne pouvoient prétendre & exiger de leurs peres que d'être mariées d'une maniere ſortable & convenable : quand les peres ont ſatisfait à ce devoir, de quelque maniere que ce ſoit, même ſans dot, ils en ſont quittes : les filles rempliſſant par leur mariage leur deſtination dans une famille étrangere, elles n'ont plus rien à prétendre de celle qu'elles ont quittée, & qui en quelque maniere n'eſt plus la leur.

Dans les Coutumes où il faut outre le mariage une dot, ſoit qu'elle ſoit modique comme dans quelques Coutumes, ſoit qu'elle équipolle à la légitime comme dans d'autres, les peuples ont conſidéré que le mariage avoit ſes charges, qu'il falloit que les filles contribuaſſent en quelque choſe aux dépenſes du ménage, & qu'elles ne fuſſent pas regardées comme un poids & un fardeau pour un mari, *nec enim matrimonium eſt optimi juris*, & par une idée aſſez d'accord avec les premieres, mais plus adoucie, ils ont voulu que la fille dotée dans la proportion preſcrite par les Coutumes, ne pût plus rien exiger : elles ſont filles avant leur mariage, elles ſont partie de la famille, & comme telles il eſt juſte qu'elles participent aux biens de leur famille ; mais comme devant en ſortir par leur mariage, il n'eſt pas juſte qu'elles aient un partage auſſi entier que les autres, qui y ſont & qui y reſtent.

Enfin dans les Coutumes de non excluſion, les peuples ont conſidéré que la nature ne faiſoit aucune différence entre les enfants. Les peres ne diſtinguent pas le ſexe, tous ſont également leurs enfants, comme tels ils les aiment tous, & leurs biens leur ſont également dûs.

Malgré toute cette variété d'idées, il ſemble qu'il y ait un point fixe, qui eſt que les peuples les moins favorables aux filles, ont ſouhaité que les peres leur procuraſſent un établiſſement & les mariaſſent ; mais ces mêmes peuples ont ſenti que cela ne ſeroit pas toujours fort aiſé, ſi les peres ne les dotoient pas, & que malgré le penchant naturel, les mâles ne ſe porteroient pas volontiers à épouſer des filles avec le ſeul avantage de leur ſexe. C'eſt pourquoi ces peuples n'ont pas défendu aux peres de doter. Ils s'en ſont rapportés à la tendreſſe & à la prévoyance paternelle.

Donc quand ils les dotent, ils n'agiſſent pas contre la Loi : ils obéiſſent même aux vues de la Loi, qui exige que les filles

ſoient

ſoient mariées, & le ſoient même d'une maniere ſortable.

Par conſéquent lorſqu'à la maritation les peres ajoutent une dot, c'eſt parce que cela eſt néceſſaire, & qu'ils croient ne pouvoir autrement remplir ce que la Loi exige d'eux.

Or dans ces circonſtances, il ſemble que des trois partis ci-deſſus propoſés, celui de la contribution ſur tous les biens eſt le plus convenable. Un pere qui dote veut ſe conformer au vœu de toutes les Coutumes, & ce qu'il donne eſt pour remplir ce vœu.

D'ailleurs ce ſyſtême ramene les choſes à une certaine proportion dont on ne peut ſe plaindre, puiſque la dot ſe prend ſur l'univerſalité des biens, & ſe répartit ſur toutes les Coutumes.

On ajoute que ce ſyſtême paroît inconteſtable pour le cas où les filles ſont dotées en deniers, parce que ces deniers ont une aptitude à être répandus ſur tous les biens, & à ſuivre la deſtination du pere qui, à ſon égard, eſt préſumé remplir le vœu de toutes les Coutumes.

Toutes ces différentes raiſons bien peſées, j'eſtime qu'il y a un milieu à prendre. Je ne crois pas que l'imputation ne doive jamais ſe faire ſur les Coutumes de ſimple maritation, & je crois le contraire dans le cas où la fille eſt dotée d'un bien ſitué dans quelques-unes de ces Coutumes, parce qu'elles n'excluent pas la dotation qui eſt le vœu tacite de la Loi, lorſque le pere ne peut parvenir à la maritation que par ce moyen, & ce parti eſt plus accommodé à la tendreſſe naturelle.

Je ne crois pas non plus que l'imputation doive ſe faire uniquement ſur toutes les Coutumes de ſimple maritation; c'eſt, ſelon moi, porter trop loin la prévoyance du pere qui ne s'explique pas, & c'eſt bleſſer la réalité des Coutumes.

Je ne crois pas encore qu'il faille imputer ſur toutes les Coutumes généralement quelconques; les principes de la réalité s'oppoſent encore à cette imputation.

Mais j'eſtime que ces queſtions ſe décident par la Loi qui régit les biens dont le pere dote, & par la qualité que la fille prend dans la ſucceſſion.

Si le pere dote en biens régis par une Coutume de ſimple maritation, & que la fille ſe porte héritiere ailleurs, comme cette Coutume n'exclut pas la dotation, la fille doit imputer dans cette Coutume tout ce qu'il étoit permis de lui donner entre

vifs, ou par teſtament, & le ſurplus, s'il y en a, ſur les Coutumes qui lui déferent ſa portion héréditaire; mais audit cas cette fille ne prendra, ni ſupplément, ni même de légitime dans les autres Coutumes, en étant préſumée remplie par ſa qualité d'héritiere.

Si étant dotée de biens régis par une Coutume de ſimple maritation, elle ſe porte légitimaire, en ce cas je lui laiſſe par droit de rétention dans cette Coutume ce qu'elle a reçu qui n'excede pas ſa légitime, & je lui donne légitime, ou ſupplément de légitime, dans les autres, excepté dans celles de ſimple maritation où elle n'a rien reçu, parce que quand elle s'y préſente, elle y porte ſa qualité de mariée.

Que ſi le pere dote en effets régis par des Coutumes de non excluſion, elle n'imputera rien ſur les Coutumes de ſimple maritation par la raiſon ci-deſſus, que la fille étant mariée d'effets non régis par ces Coutumes, elle n'a rien à y imputer, puiſqu'elle n'en a rien reçu, & n'a rien à y demander, puiſqu'elle eſt mariée.

M^e Chopin en ſa note marginale ſur Anjou, *liv.* 3, *cap.* 10, *tit.* 1, *n.* 13, donne une déciſion pour la contribution; mais elle n'eſt pas aiſée à entendre. La voici: *nobilis tamen filia à patre dotata quæ Andegavis ejus bonis excluditur ipſo jure patrio, poteſt ſuccedere in Carnutentia, ubi diſſimile jus, cum onere collationis dictæ dotis, pro modo tantum bonorum quibus ſuccedit, eorumque proportione, non autem Andegavorum in quibus non eſt hæres, quia alioquin Andegavenſe Statutum tolleret legitimam, ſeu dotem quæ eſt loco legitimæ, quod fieri nequit, nec filiæ excluſio valet niſi aliquo dato, & ita dotis collatio minuitur pro rata bonorum Andegavenſium*, par ventilation de tous les biens de la ſucceſſion.

Je ne ſai ſi j'ai bien pénétré le ſens de M^e R. Chopin. Il dit d'abord qu'une fille noble d'Anjou, qui étant dotée par ſon pere, eſt excluſe dans cette Coutume, peut ſuccéder à Chartres où elle n'eſt pas excluſe, & cela eſt clair; mais il ajoute qu'elle eſt obligée de rapporter ſa dot à proportion des biens qu'elle prend à Chartres, & non de ceux d Anjou, où elle ne ſuccede point, & cette déciſion eſt encore vraie, en prenant le terme de rapport dans toute ſa ſévérité : car le rapport, exactement parlant, ne ſe fait qu'entre cohéritiers, & la fille n'étant pas héritiere en Anjou, n'a pas de rapport à faire dans cette Coutume, mais une ſimple imputation.

Selon Chopin, il faut faire une ventilation, & cette ventilation doit ſe faire, eu égard aux biens de toute la ſucceſſion, parce qu'autrement, dit-il, & ſi la dot ſe rapportoit toute entiere ſur les biens de Chartres, la fille perdroit en Anjou ſa dot qui lui tient lieu de légitime, ce qui ne ſe peut.

De ces déciſions, il ſuit, 1°, que les excluſions des filles ſont pures réelles.

2°, Que quand une fille a été dotée dans une Coutume d'excluſion, elle a droit d'imputer partie de ſa dot ſur cette Coutume.

3°, Que cette imputation ſe fait par une ventilation de tous les biens de la ſucceſſion.

Mais ſi cette Coutume permet de lui donner autant & plus qu'elle n'a reçu, & qu'elle ait été dotée des biens de cette Coutume, pourquoi réduire la dot par une ventilation ?

D'un autre côté, dans la Coutume d'Anjou, la fille noble mariée & emparagée, n'eût-elle reçu qu'un chapel de roſe, une noie, comme porte un certain Manuſcrit, dont parle du Pineau, eſt excluſe. Pourquoi lui donner au-delà ? Voilà mes difficultés.

M^e Ch. du Molin, ſur l'Article 123 de la Coutume de Paris, nous enſeigne à peu près la même doctrine que Chopin. Voici l'eſpece qu'il nous propoſe. *Fac patrem divitem in* 20000 *liv. habet* 10000 *liv.* au Mans, *reliquum* à Blois. *Elocat filiam cui dat* 2000 *liv. videlicet decimam. Moritur relicto filio, & filiâ quæ vult ſuccedere conferendo, ſed quia utpote vivo patre nupta non poteſt ſuccedere in terris* du Mans, *non vult totam ſummam acceptam conferre, ſed pro rata bonorum in quibus ſuccedit : contra pro filio facit, quia collatio ponit in ſtatu in quo ſi eſſet, conferens nihil habuiſſet, ſed remanſiſſet illud in bonis defuncti, ergò totum conferre debet : contra pro filia reſpondi dupliciter.* 1°. *Quod ſi ponatur in ſtatu primo, dicendum eſſet haberi, ac ſi nondum eſſet nupta, & ſic ſuccedens in omnibus bonis.* 2°. *Quod illud habet locum quandò admittitur ad ſucceſſionem totalem, ſed ex quo nihilominus excluditur partim à ſucceſſione, debet pro eadem parte carere onere collationis, ſaltem ſi totum conferre offerat, admittendo eam ad ſucceſſionem totalem ; & ſic concludo quod pro rata bonorum à quorum ſucceſſione excluditur, conferre non debet, quemadmodum ſi in totum excludatur, nihil conferre tenetur, tum quia pater dotans veriſimiliter habuit, & habere debuit reſpec-*

*tum ad totum patrimonium, tunc quia Statuta excludentia intelliguntur ſalvâ dote congruâ; ergo debet habere reliquum de bonis à quibus excluditur.*

J'eſtime, à mon égard, que la fille dotée des biens d'Anjou, peut retenir juſqu'à concurrence de ce que le pere a pu lui donner, ſuivant cette Coutume, & qui n'excede pas ſa portion héréditaire.

Que s'il y a des biens en pluſieurs Coutumes différentes, & que la fille dotée des biens d'Anjou, préfere de ſe porter légitimaire, on commencera par fixer la légitime dans chacune des Coutumes, y compris même la Coutume d'Anjou, mais non les autres de ſimple maritation qui n'ont rien fourni, ni rien à fournir. On répartira enſuite la dot ſur chacune de ces Coutumes; ſi la dot fournie des biens d'Anjou, n'excede pas la légitime, ou même ſi elle eſt au-deſſous, elle s'en contentera pour Anjou qui n'admet pas au ſupplément de légitime, & la légitime ſera fournie en entier dans les autres Coutumes, excepté dans celles qui ne donnent pas de ſupplément, où la fille n'aura que la ſomme qui, par la répartition de la dot reçue, aura été fixée pour ces Coutumes.

Obſervez que les Coutumes de ſimple maritation qui n'ont rien fourni, n'entrent pas dans mes opérations; mais je les y fais entrer, quand les biens donnés ſont régis par ces Coutumes, & ce, par voie de rétention.

Il en eſt de même dans les Coutumes qui refuſent un Supplément. Je donne à la fille, légitime entiere, quand elle a été dotée de biens de ces Coutumes; il y a même raiſon de rétention, le tout néanmoins quand la dot équipole à la légitime; autrement la fille doit ſe contenter de conſerver ce qu'elle a reçu dans ces Coutumes, & la légitime eſt à fournir dans les autres; mais tout ceci va ſe faire ſentir dans différentes eſpeces.

## *PREMIERE ESPECE.*

Un pere noble eſt domicilié à Paris; il a des biens à Paris & en Anjou; il dote une fille des biens de Paris. Je dis, dans cette eſpece, que cette fille mariée, & dotée des biens de Paris, eſt excluſe de droit en Anjou, parce que venant en Anjou demander ſa portion héréditaire, elle y porte ſa qualité de mariée & de dotée qui l'exclut de la ſucceſſion, & même de

toute légitime, & par conſéquent ce qu'elle a reçu des biens de Paris, elle l'imputera ſur Paris, ſi elle veut y ſuccéder, & rien ſur Anjou, où elle eſt excluſe par la ſeule maritation.

## *SECONDE ESPECE.*

Que ſi ce pere dote ſa fille des biens d'Anjou, je dis, dans ce cas, que cette fille ne tenant que des biens de la Coutume d'Anjou, elle peut conſerver ſa dot juſqu'à concurrence de ſa portion héréditaire, ou de telle autre moindre portion que par cette Coutume le pere a pu lui donner, & que n'étant pas excluſe à Paris, elle y prend pareillement ſa portion héréditaire, & ne doit rapporter à Paris, que ce qui pourroit excéder, de la dot d'Anjou.

Ainſi vis-à-vis les cohéritiers, elle eſt en droit de retenir en Anjou ſa dot, en tant qu'elle n'excede pas la portion qu'elle étoit en droit de prendre, parce que la Coutume d'Anjou ne défend pas au pere de doter ſa fille *cum effectu*, ſuivant l'Article 241, de ſorte que les freres & ſœurs n'ont point à ſe plaindre, quand le pere n'a point excédé, ou qu'on leur tient compte de ce qui excede.

C'eſt ainſi que ſi un pere a donné à ſa fille, ou à ſon fils un effet immeuble, par forme de prélegs, & que cet immeuble ſoit ſitué dans une Coutume qui admette les prélegs, il pourra le conſerver, parce que la diſpoſition réelle de la Coutume le veut ainſi.

Dans cette eſpece où je ne fais concourir que deux Coutumes, Paris & Anjou, ſi la fille noble n'a reçu de ſon pere en Anjou, que ſa portion héréditaire, elle n'a rien à rapporter à Paris.

## *TROISIEME ESPECE.*

Mais ſi le pere a des biens répandus dans différentes Coutumes, dont les unes, comme Paris, admettent à partage les filles mariées, les autres les excluent par la ſimple maritation, les autres exigent une dot *cum effectu*, avec cette différence que de ces dernieres, les unes admettent au ſupplément de légitime, & les autres n'y admettent pas, & que cette fille dotée des biens d'Anjou, veuille être héritiere à Paris, & être

encore admiſe, dans les autres Coutumes, à la légitime, ou au ſupplément, *quid Juris ?*

Dans cette eſpece, il faut que la fille opte, ou de la qualité d'héritiere, ou de la qualité de légitimaire. Elle ne ſauroit être légitimaire dans une Coutume, & héritiere dans l'autre. Si elle opte la qualité de légitimaire, elle ſera telle dans toutes les Coutumes; mais comme entre ces Coutumes il y en a qui exigent une dotation quelle qu'elle ſoit, ſans ſupplément de légitime, & d'autres avec ſupplément; que d'ailleurs elle a été dotée de biens ſitués en Anjou, où le pere peut ne donner qu'un bouquet de roſe, mais où il peut auſſi doter *cum effectu*, je dis qu'il faut mettre à part les Coutumes de ſimple maritation qni n'ont rien fourni, ni à fournir dans la dot, & qu'enſuite il faut régler la légitime dans toutes les autres Coutumes; & par une autre opération, il faut répandre & régaler ſur tous les biens de chacune Coutume, au ſol la livre, la valeur de ce qui a été donné par le pere; cela fait, la fille retiendra pour les Coutumes où il faut une dot, quelque modique qu'elle ſoit, ſans ſupplément, la ſomme qui par le régalement de la dot, ſera fixée pour ces Coutumes; elle prendra & retiendra enſuite ſur ce qu'elle a reçu, ſa légitime entiere pour Anjou, parce que nous la ſuppoſons dotée des biens de cette Coutume, & le ſurplus, s'il y en a, ſur la légitime des autres Coutumes, ſinon elle lui ſera fournie d'ailleurs.

J'obſerverai que la légitime dans la Coutume d'Anjou, eſt des deux tiers des biens dont le pere ne peut pas diſpoſer par teſtament. Voyez l'Arrêt de 1624, Journal des Audiences, *tom.* 1, *liv.* 1, *chap.* 27.

## *QUATRIEME ESPECE.*

Mais il eſt des Coutumes où la légitime des enfants eſt toute la portion héréditaire. Dans ce cas, quelque qualité que prenne la fille, de légitimaire, ou d'héritiere, elle aura toujours, dans ces Coutumes, ſa portion héréditaire.

La raiſon en eſt que les Loix qui régiſſent les ſucceſſions, ſont toutes des Loix réelles, & que dans ce cas, il y a autant de patrimoines qu'il y a de biens ſitués dans différentes Coutumes.

On prétend néanmoins que la Juriſprudence actuelle eſt au

contraire, & qu'il a été jugé, ou réglé dans les Maiſons de Condé & de Conti, que le fils légitimaire dans des Coutumes d'inégalité, étoit obligé d'imputer dans ces Coutumes, la portion héréditaire qu'il prenoit dans les Coutumes d'égalité.

Cette Juriſprudence me paroîtroit entiérement contraire aux principes de la réalité, ſi on l'applique aux Coutumes d'égalité parfaite dans leſquelles elle ne peut jamais être admiſe.

Tout le monde ſait que dans le Pays Coutumier nous admettons deux ſortes de Coutumes; les unes qui veulent effectivement que les enfants venants à la ſucceſſion de leur pere, partagent également, mais qui en même-temps permettent aux peres & aux meres d'avantager par teſtament, l'un plus que l'autre, en le faiſant légataire univerſel, & réduiſant l'autre expreſſément, ou tacitement à ſa légitime, & telle eſt la diſpoſition de la Coutume de Paris & de quantité d'autres; mais il en eſt auſſi où les peres & meres ne peuvent diſpoſer, en aucune maniere, de la portion héréditaire de leurs enfants, en faveur de l'un, au préjudice de l'autre, où l'on ne ſauroit avoir d'enfants de prédilection, *de cher enfant*, comme parlent quelques Coutumes de Flandres. Telle eſt la Coutume de Vitry, ſuivant l'Arrêt de Réglement du 4 Juillet 1729, rendu ſur les concluſions de M. d'Agueſſeau, lors Avocat-Général.

Dans les premieres Coutumes où les peres ont la liberté de diſpoſer, & où le pere ne doit à ſa fille que ſa légitime, s'il lui a donné au-delà, & s'il laiſſe ſa ſucceſſion *ab inteſtat*, mais que ſa fille, nonobſtant ſa dotation, prétende une légitime dans des Coutumes d'excluſion qui l'admettent à cette légitime, ou à un ſupplément, il ſeroit contre les regles, que ſe portant légitimaire, elle conſervât dans ces premieres Coutumes, ce qui excede ſa légitime, qu'elle prît même la totalité de ſa portion héréditaire, & qu'elle demandât dans d'autres une légitime, ou un ſupplément de légitime, ſans déduction, ou imputation de ce qu'elle a reçu au-delà de la légitime; le pere qui peut diſpoſer, & qui ne diſpoſe pas, eſt préſumé donner: c'eſt la diſpoſition de la Loi *ita ſtipulatus, ff. de verbor. oblig. id adquiri ex providentia hominis quod acquiritur ex diſpoſitione Legis cui partes poterant renunciare;* d'où il ſuit que ce que le pere n'ôte pas d'un côté, doit ſervir à acquitter ce qu'il doit d'un autre.

Mais dans les ſecondes Coutumes que l'on appelle d'égalité

parfaite, les enfants tiennent tout de la Loi, le pere ne pouvoit le leur ôter, & ce qu'ils prennent néceſſairement de la Loi dans une Coutume, ne ſauroit ſervir à acquitter la dette néceſſaire d'une autre Coutume : ainſi la portion héréditaire qu'une fille prend dans la Coutume de Vitry, ſemble ne pouvoir jamais ſervir à acquitter la légitime dans une autre, parce qu'en Vitry la portion héréditaire n'eſt pas ſous la diſpoſition du pere, & eſt toute légitime pour les enfants, & par cette raiſon, j'eſtime que ſans préjudice de la portion héréditaire de la fille dans les Coutumes d'égalité parfaite, il faut lui fournir ce qui lui manque de ſa légitime dans les Coutumes qui exigent ſupplément.

C'eſt ainſi que la Coutume d'Anjou ne permettant pas qu'entre roturiers, les pere & mere avantagent leurs enfants l'un plus que l'autre, on a jugé par Arrêt, du 27 Février 1556, qu'une fille roturiere mineure de vingt-cinq ans, mariée par pere & mere, ayant renoncé, *aliquo dato*, à leurs ſucceſſions, étoit recevable à partager avec ſes autres freres & ſœurs, en rapportant ce qu'elle avoit eu, Louet, *R. ſom.* 17.

Quand on dit que la Coutume de Vitry eſt d'égalité parfaite en directe, ce n'eſt que pour exclure les avantages de l'homme : car dans cette Coutume, la Loi accorde elle-même aux nobles des droits d'aîneſſe dans les Fiefs, & deux filles ne prennent qu'autant qu'un garçon, *art.* 55, 56 & 57.

### *Exemple pour toutes ces opérations.*

Un pere noble a des biens à Vitry, que nous venons de dire être d'égalité parfaite ; il en a dans la Coutume d'Anjou, où la ſeule maritation ſuffit entre nobles ; il en a en Nivernois qui admet au ſupplément de légitime ; en Bourbonnois qui n'y admet pas, mais qui exige un appanage ; enfin, il en a à Paris qui n'exclut pas la fille mariée, & l'admet à la ſucceſſion.

Dans cette eſpece & dans toute autre, dès qu'il y aura des biens à Vitry, je donnerai toujours à la fille ſa portion héréditaire dans les biens de cette Coutume, de quelques autres biens qu'elle ait été dotée.

Si elle a été dotée de biens hors Vitry, j'examinerai la Loi qui régit les biens donnés, & la qualité que prend la fille dans la ſucceſſion.

Si

Si elle ſe porte héritiere, je lui laiſſe, 1°. ce qu'elle a reçu dans quelque Coutume que ce ſoit, encore même que ces biens fuſſent ſitués en Coutume de ſimple maritation, pourvu qu'ils n'excedent point ce que cette Coutume lui donne, *ab inteſtat.* 2°. Je lui donne enſuite toute ſa portion héréditaire dans les Coutumes de non excluſion, & rien dans toutes les autres, parce que ſa qualité d'héritiere l'empêche de ſe dire légitimaire ailleurs, & qu'elle eſt préſumée remplie de ſa légitime dans ces autres Coutumes, par les biens qu'elle recueille dans celles où elle ſe porte héritiere.

Que ſi elle ſe porte légitimaire, & qu'elle ait été dotée de biens ſitués en Coutume de ſimple maritation, je lui laiſſe ce qu'elle a reçu, s'il n'excede pas ſa légitime, & je ne lui donne rien dans les autres Coutumes ſemblables; & quant aux Coutumes, ſoit d'excluſion, mais après dotation, ſoit de non excluſion, je lui donne légitime entiere; j'en excepte néanmoins les Coutumes d'excluſion, qui n'admettent pas de ſupplément: car dans ces Coutumes, il n'eſt pas néceſſaire que la fille dotée y ait légitime entiere, il ſuffit qu'elle ait une dot; mais comment la fixer?

Comme la dot d'une légitimaire ne ſauroit excéder la légitime, je regle cette légitime dans chacune des Coutumes.

Quand le pere a doté de biens ſitués dans des Coutumes de non ſupplément, la choſe eſt bien ſimple; c'eſt de lui laiſſer ce qu'elle a reçu, s'il eſt moindre que ſa légitime; s'il excede, c'eſt de le ramener à la quotité de la légitime qu'elle doit avoir dans cette Coutume.

Mais quand y ayant des biens dans ces Coutumes, la dot eſt fournie en biens ſitués hors ces Coutumes, voici les opérations que je crois devoir être faites. Je repartis ce qui a été donné en dot ſur toutes les Coutumes, autres que celles de ſimple maritation, qui n'ont rien fourni, & la portion de la dot reçue, qui, après la répartition, ſe trouve être à imputer pour les Coutumes qui n'accordent point de ſupplément, reſte à la fille dotée.

Nous avons dit ci-deſſus que quand la fille ſe portoit légitimaire, il falloit régler la légitime dans chacune des Coutumes où il y a des biens ſujets à la Coutume.

D'où j'ai voulu inſinuer que la légitime ne ſe régloit pas par une ſeule maſſe à fixer par la Loi du domicile; mais qu'il y

avoit autant de légitimes que de Coutumes différentes; mais ce point de droit demande que je l'approfondiſſe.

On ne peut diſconvenir, 1°. que les droits de légitime ne ſoient des droits réels; c'eſt une portion que les Loix donnent aux enfants dans les biens de leurs peres & meres; 2°. que ces droits ſont différents ſuivant les différentes Coutumes. Or, ſi l'on conſulte la ſévérité des principes, qui peut douter qu'il ne faille ſuivre & obſerver chaque Coutume en particulier, & qu'une ſeule légitime réglée par la Loi du domicile, s'écarte totalement de la diſpoſition des Coutumes qui régiſſent autrement les biens?

Ainſi à Paris, l'enfant légitimaire aura pour légitime moitié de ſa portion héréditaire, & il aura dans les Pays de Droit écrit les portions telles qu'elles ſont fixées, ſuivant le nombre des enfants, conformément à la *Novelle*.

C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt de la troiſieme Chambre des Enquêtes, du 7 Septembre 1724, au rapport de M. Duport : en voici l'eſpece.

Le ſieur de Senneterre demandoit à Paris, à Rennes & à Eſtampes ſa légitime de Droit, & en Auvergne il demandoit les trois quarts des biens réſervés au profit de l'héritier du ſang, & par Arrêt on le réduiſit à une légitime de Droit; mais qui fut réglée ſuivant les Loix de la ſituation des biens, ſavoir, de la moitié dans les biens de Paris, de Rennes & d'Eſtampes, & du tiers ſuivant la *Novelle* dans les biens d'Auvergne.

Cela eſt conforme à l'avis de Criſtineus, *in Leg. Munic. Mecklin. tit.* 16, *art.* 24, *n.* 4, *hoc tamen ſciendum eſt quod ſi teſtator diverſis locis bona habeat, quorum conſuetudo diverſam quantitatem legitimæ conſtituat, ſpectandum eſſe loci conſuetudinem ubi res ſita eſt ad conſtituendam pro ratione ſingulorum bonorum legitimam, etſi teſtator in patria juris ſcripti agat.*

L'Arrêt de Senneterre que nous venons de citer, a non-ſeulement jugé qu'il falloit régler les légitimes ſuivant les différentes Loix de la ſituation; mais il a jugé encore que l'on ne pouvoit pas prendre en une Coutume ſa légitime de Droit, & prendre les réſerves Coutumieres dans les endroits où il y avoit une légitime de Droit: car le ſieur de Senneterre, après avoir pris ſa légitime de Droit à Paris, à Rennes & à Eſtampes, vouloit les réſerves Coutumieres d'Auvergne, & on ne lui adjugea que les légitimes de Droit.

Cette queſtion particuliere eſt très-importante ; & puiſqu'elle ſe préſente, on ne ſauroit trouver mauvais que, ſans m'écarter des queſtions mixtes, je mette ſous les yeux du Public un célebre Arrêt qui vient d'être rendu ſur cette même queſtion.

J'obſerverai d'abord que quelques-uns prétendent que la même queſtion fut agitée en 1541, & jugée entre le ſieur Bouchage & le ſieur Dulude ; que l'on permit à l'enfant de recueillir les quatre quints du Pays Coutumier, & de prendre une légitime de Droit écrit, en ſorte que l'on avoit jugé que l'on pouvoit opter les réſerves Coutumieres dans les Coutumes, & ſe porter ſimple légitimaire dans le Pays de Droit écrit, & cela ſans aucune imputation ſur les biens du Droit écrit, de ce qui excédoit dans les réſerves Coutumieres, la légitime preſcrite dans les Coutumes. En voici l'eſpece telle qu'elle fut rapportée dans une conteſtation qui s'éleva entre les maiſons de Condé & de Conti ; l'Arrêt fut levé : nous allons écrire d'après le Mémoire de M^e^ Begon ; à ce nom ſeul on ſent naître dans le cœur, le reſpect, l'amour & la confiance qu'il a ſi juſtement mérités du Public & de ſes confreres.

Imbert de Parthenay, domicilié en Pays de Droit écrit, poſſédoit des immeubles tant en Pays de Droit écrit, qu'en Pays de Coutume : il avoit eu un fils unique qui étoit décédé, & qui avoit laiſſé un fils, Réné de Parthenay, & une fille, Anne de Parthenay.

Imbert de Parthenay, aïeul, inſtitua pour ſon héritier, Réné de Parthenay, ſieur du Bouchage, ſon petit-fils. Son Teſtament donna occaſion à la queſtion qui s'éleva après ſa mort entre ce même Réné de Parthenay, héritier inſtitué, & Anne de Parthenay, ſa ſœur, épouſe du ſieur Dulude.

Anne de Parthenay réclamoit dans les biens de Coutumes ſes portions & réſerves Coutumieres ; elle prétendoit que le Teſtateur n'avoit pu l'en fruſtrer par ſes diſpoſitions teſtamentaires, & outre cela elle demandoit ſa légitime ſur les biens de Droit écrit.

A cette demande Réné de Parthenay ſieur du Bouchage, ſon frere, héritier inſtitué par ſon aïeul, oppoſoit que, puiſqu'elle revendiquoit la portion que la Coutume avoit affectée au ſang & à la ligne, il falloit qu'elle en tînt compte ſur la légitime de Droit écrit ; mais elle répondoit que la maſſe des biens de

Coutume, & la maſſe des biens de Droit écrit, étoient deux maſſes entiérement différentes ; qu'ainſi la premiere lui devoit la portion réſervée par la Loi, que la ſeconde lui devoit une légitime, & que ces deux dettes lui étant acquiſes par différentes Loix & ſur différents territoires, il ſeroit ridicule que l'un acquittât l'autre, & que le bien de Coutume ſervît à payer la dette du Droit écrit.

La queſtion fut débattue par deux célebres Avocats, François de Montholon pour l'héritier inſtitué, & Gabriël de Marillac pour la fille qui ſe portoit légitimaire en Droit écrit. Le Rapporteur étoit encore plus célebre, puiſque c'étoit M. de l'Hôpital, depuis Chancelier de France.

Il fut jugé pour Anne de Parthenay, qu'elle auroit les réſerves coutumieres en Pays de Coutume, & la légitime en Droit écrit, ſans aucune imputation ſur cette légitime du Droit écrit, de ce qui excédoit dans les réſerves coutumieres, la légitime des Pays de Coutume. C'eſt ainſi qu'en parle Me Ch. du Molin, *art. 92 de la Coutume de Paris ;* mais pour entendre l'Arrêt, obſerve judicieuſement Me Begon, il faut avertir que par-tout où il nomme du Bouchage, il faut ſubſtituer du Lude ; & par-tout où il nomme du Lude, il faut ſubſtituer du Bouchage, parce qu'il s'eſt gliſſé dans cet endroit de ſes Ecrits une tranſpoſition. Voici le paſſage entier, tel qu'il eſt dans du Molin.

M. du Lude diſoit contre M. du Bouchage ( c'étoit M. du Bouchage qui diſoit contre M. du Lude ) *quod erat hæres univerſalis inſtitutus.* Du Bouchage diſoit ( c'étoit du Lude ) *quod debebat habere*, les quatriemes du Pays Coutumier, ( il veut dire, comme il paroît par la ſuite, les quatre cinquiemes, ou les réſerves coutumieres, ) *& ultrà legitimam*, du Pays du Droit écrit. *Inſtitutus primo genitus dicebat, quod ſi ſecundo geniti vellent habere legitimam Juris, debebant imputare bona patriæ conſuetudinariæ, & pro eo* de Montholon ; *ſed contra* de Marillac, *& obtinuerunt ;* ( c'eſt-à-dire, *ſecundo geniti*, les cadets, & non inſtitués héritiers, ) & fut dit que *ſecundo geniti haberent*, les quatre cinquiemes du Pays Coutumier, *& ultrà legitimam in patriâ Juris ſcripti, in quam non tenerentur imputare quod perceperant in patriâ conſuetudinariâ, niſi in quantum in ſolidum cederent inſtituto.* Du Molin ajoute, *quia cenſentur ut diverſorum bonorum hæreditates in quibus ſic fieret.*

Suivant l'expoſé de Me Begon, & ſuivant ce que nous venons de rapporter de Me Ch. du Molin, il y auroit lieu de dire que l'on a jugé en 1541, que l'on pouvoit ſyncoper l'option, choiſir les réſerves coutumieres dans un endroit, & la légitime dans un autre, ſans imputation.

Mais ce qu'on lit dans ce même Auteur, ſur l'Article 93, feroit naître une toute autre idée, & donneroit lieu de croire qu'on auroit jugé au contraire, que les légitimes ſe reglent ſuivant les différentes Loix de la ſituation : car voici comme il parle. *Judicatum*, touchant du Bouchage, *quod legitima debet diverſo modo æſtimari, ſecundùm diverſos uſus locorum & conſuetudinum, ac ſi eſſent diverſa patrimonia.*

Papon, dans ſon Recueil d'Arrêts, *liv.* 2, *art.* 14, a parlé du même Arrêt, dans le ſens de la derniere Note de Me Ch. du Molin : en vuidant, dit-il, le procès d'entre M. du Lude, d'une part, & M. du Bouchage, d'autre part, dont M. de l'Hôpital étoit Rapporteur, le 3 Février 1541, il fut décidé par Arrêt, que ſi le Teſtateur demeurant en Pays de Droit écrit, & ayant biens en pluſieurs Provinces, tant coutumieres, que de Droit écrit, par le teſtament inſtitue l'un de ſes enfants héritier univerſel, les autres prendront leur droit de légitime & portion, telle que porte la diſpoſition de chaque Pays où les biens ſeront ſitués, ſoit de Droit, ou de la Coutume, à ſavoir ès biens de Droit écrit, ſuivant la computation de l'authentique *noviſſima*, *C. inoffi. teſt.* & ès autres Pays, ſuivant que la Coutume l'ordonne, ſuivant la Loi, *ſi certarum*, *ff. de teſtam. milita.*

Carondas l'a entendu dans le même ſens, *en ſes Réponſes, liv.* 10, *ch.* 39.

D'ailleurs Me Ch. du Molin dit bien que l'on adjugea leſdits quatre quints à la veuve du Lude dans les Pays Coutumiers, & & la légitime de Droit dans les Pays de Droit écrit ; mais il ne nomme pas les Coutumes, & ne dit pas ſi ces quatre quints n'étoient pas une légitime dans ces Coutumes : car dans cette poſition, ces quatre quints n'étant toujours qu'une légitime, ne forment pas d'incompatibilité entre être légitimaire dans une Coutume, & prendre les quatre quints, ou réſerves coutumieres dans une autre.

Péléus, en ſa Queſtion 134, fait mention d'un Arrêt qui a jugé pour la compatibilité des portions coutumieres de Poitou, avec la légitime de Droit écrit ; mais il faut obſerver qu'en

Poitou les réſerves coutumieres ſervent de légitimes aux enfants.

La queſtion vient de s'en préſenter entre un fils inſtitué légataire univerſel, & un fils légitimaire à Paris & à Chartres, qui en ſa qualité de légitimaire, demandoit les portions de réſerves dans la Coutume de Normandie. En voici l'eſpece.

Madame la Ducheſſe de Châtillon a laiſſé pour ſes héritiers préſomptifs, trois petits-enfants de la Comteſſe de Teſſé, ſa fille unique prédécédée; ſavoir, le Marquis de Teſſé, fils aîné, le Chevalier de Teſſé & la Dame de Chavagnac.

Elle a fait un teſtament par lequel elle a inſtitué pour légataire univerſel, le Chevalier de Teſſé qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon aïeule, & a eu délivrance de ſon legs.

Il a été queſtion de régler les droits du Marquis de Teſſé, frere aîné, ceux de la Comteſſe de Chavagnac ſa ſœur, & ceux du Chevalier, légataire univerſel.

Les biens de Madame de Châtillon étoient ſitués à Paris, à Chartres & en Normandie.

Le Marquis de Teſſé & la Comteſſe de Chavagnac avoient dans la Coutume de Paris & de Chartres l'option, ou de leur légitime de droit, ou des réſerves coutumieres. Ils opterent leur légitime de droit, qui leur fut accordée; mais par rapport aux biens ſitués en Normandie, il s'éleva entre le Marquis, & depuis Madame ſa veuve, comme tutrice de ſes enfants mineurs, d'une part, & M. le Chevalier de Teſſé, d'autre part: (car Madame de Chavagnac, comme mariée, étoit excluſe dans cette Coutume,) il s'éleva, dit-on, la queſtion de ſavoir ſi les biens de Normandie, qui étoient des propres à la Teſtatrice, & dont elle n'avoit pu diſpoſer, ſuivant l'Art. 427 de cette Coutume, appartiendroient en entier au Marquis de Teſſé, comme réſerves coutumieres, qui tenoient lieu de légitime de droit, ou ſi étant légitimaire à Paris & à Chartres, il n'auroit auſſi qu'une légitime de droit en Normandie à fixer par la ſuite, ou ſuppoſé qu'il prît les réſerves coutumieres, s'il ſeroit obligé d'imputer dans les autres Coutumes, ce qui excéderoit dans ces réſerves, la légitime de droit, pour le ſurplus appartenir au légataire univerſel.

La Sentence du Châtelet avoit réduit le Marquis de Teſſé dans la Coutume de Normandie, à une ſimple portion légitimaire, telle qu'il l'avoit priſe à Paris & à Chartres, & telle

qu'elle eſt fixée par l'Article 298 de la Coutume de Paris : il y eut appel de cette Sentence.

La Marquiſe de Teſſé, pour ſes mineurs, ſoutenoit que la totalité des biens de Normandie devoit leur appartenir.

Elle convenoit que quand un enfant avoit opté la légitime de droit dans une Coutume, il ne pouvoit plus opter les réſerves coutumieres dans les autres Coutumes, lorſque ces Coutumes admettoient, outre les réſerves coutumieres, une légitime de droit; c'eſt ainſi qu'on ne pouvoit pas être héritier dans une Coutume, & légataire dans une autre où l'on pouvoit être héritier, en ſorte qu'il falloit, dans toutes les Coutumes, s'en tenir aux réſerves coutumieres, ou s'en tenir à la légitime de droit, & que l'option de l'un formoit une excluſion de l'autre; mais elle ſoutenoit que quand une Coutume n'admettoit pas, tout à la fois, une légitime de droit, & des réſerves coutumieres, & qu'il n'y avoit pas lieu d'y ſuppléer une légitime de droit, il en étoit autrement, parce que pour lors les réſerves coutumieres tenoient lieu de légitime de droit.

Pour cela elle diſtinguoit trois ſortes de Coutumes; celles qui admettent expreſſément une légitime de droit; celles qui n'en parlent pas, mais où il eſt néceſſaire d'en ſuppléer à cauſe du peu de prévoyance de ces Coutumes, & de la liberté indéfinie qu'elles accordent de diſpoſer gratuitement de ſes biens; & enfin celles qui, à la vérité, ne font aucune mention de légitime, mais qui ont tellement pourvu aux enfants, qu'il leur reſte toujours une portion à l'abri de toutes diſpoſitions gratuites, encore que cette portion ſoit également réſervée pour tous les autres héritiers, même collatéraux.

Dans les deux premieres eſpeces de Coutumes, *benè ſit*, diſoit-elle, qu'un héritier légitimaire dans une Coutume, ne puiſſe pas opter les réſerves coutumieres dans les autres où il peut trouver une légitime.

Mais à l'égard de la troiſieme ſorte de Coutumes, les réſerves coutumieres y étant tellement néceſſaires, qu'elles ſont à l'abri de toutes diſpoſitions gratuites, ces réſerves étoient la légitime de droit deſtinée par ces Coutumes, & que dès-lors en prenant même ces réſerves, on n'étoit toujours qu'un légitimaire.

Or en Normandie il n'y a pas de légitime de droit, & il n'y

a pas lieu d'y en ſuppléer une, & elle faiſoit le raiſonnement ſuivant: de deux choſes l'une, ou les réſerves coutumieres tiennent lieu de légitime de droit, & dès-lors je puis, pour mes enfants, prendre les biens de Normandie; & dans ce cas, mes enfants ne ſont en Normandie, comme à Paris & à Chartres, qu'héritiers légitimaires: les quotités, à la vérité, peuvent être différentes; mais cette différence ne change pas la qualité de légitimaire de droit: les quotités ſont différentes à Paris & dans les Pays de Droit écrit; mais la qualité eſt toujours la même.

Que s'il n'y a pas de légitime de droit en Normandie, on ne peut donc plus m'oppoſer d'incompatibilité dans les qualités, puiſque, quoique légitimaire de droit à Paris & à Chartres, je ne puis pas porter cette qualité en Normandie où il n'y a point de légitime de droit.

Qu'il n'y ait pas de légitime de droit en Normandie, c'eſt une choſe certaine; faut-il y en ſuppléer? Cela ne ſe peut. Effectivement on ne ſupplée la légitime de droit, que quand les réſerves coutumieres ſont telles qu'un enfant pourroit ne point trouver dans la ſucceſſion, une légitime de droit, comme lorſque les réſerves coutumieres ne tombent que ſur certains biens qu'un pere ne pourroit pas avoir. Par exemple, *ſur les propres*, & le pere n'en a pas; le pere a des propres, mais dans ces Coutumes il en pourra diſpoſer à titre gratuit entre vifs. Dès-lors l'enfant ſeroit ſans légitime de droit, ſuppoſé que le pere eût diſpoſé de ſes biens par teſtament, ou s'il les avoit donnés entre vifs.

Mais dans les Coutumes où les réſerves ſont forcées & néceſſaires, & où un pere ne peut par aucune diſpoſition gratuite, ſoit entre vifs, ſoit teſtamentaire, laiſſer ſes enfants ſans une portion de ſes biens, pour lors les réſerves deviennent une véritable légitime. Or dans la Coutume de Normandie, il y a des réſerves néceſſaires. 1°. On ne peut entre vifs donner que le tiers de ſes immeubles, acquêts, ou propres, *art.* 431.

2°. Par Teſtament, quand il y a enfant, on ne peut donner aucune portion de ſes immeubles; on ne peut même léguer que le tiers des meubles, *art.* 418, 422.

D'ailleurs dans cette Coutume, on ne peut pas convertir ſes propres en mobilier pour augmenter la faculté naturelle de diſpoſer gratuitement; les deniers ſont ſubrogés aux propres, les dots de ſommes, ſont cenſées immobiliaires.

La

La Coutume a porté ſa prévoyance juſqu'aux aliénations onéreuſes que les peres pourroient faire, & elle a conſervé aux enfants une portion des biens des pere & mere, appellée tiers Coutumier pour les cas où ils ſeroient forcés de renoncer à la ſucceſſion.

Dans ces Coutumes où les réſerves ſont forcées & néceſſaires, on n'y connoît pas d'autres légitimes que les réſerves. Boucheul & Lelet, ſur Poitou, *art.* 203, *n.* 88; Vigier, ſur Angoumois, *art.* 49 & 115, & ſur celle du Pays d'Aunis, *art.* 44; Dupineau, *art.* 322, de la Coutume d'Anjou; le Brun, des ſucceſſions, *ſect.* 1, *n.* 37; l'Arrêt du 10 Juin 1624, au Journal des Audiences, & celui du 14 Juin 1625.

Le Chevalier de Teſſé, diſoit, pour premiere propoſition, qu'on ne pouvoit pas cumuler la légitime avec les réſerves Coutumieres, deux bénéfices incompatibles, comme le ſont les qualités d'héritier & de légataire.

Que la légitime de Droit étoit bien différente des réſerves Coutumieres. La légitime de Droit eſt une; c'eſt un titre univerſel, c'eſt une créance formée par la nature, qui s'étend partout dans toutes ſortes de Coutumes, à toutes ſortes de diſpoſitions gratuites, & à toutes eſpeces de biens, & ne regarde que les enfants, ſuivant l'Arrêt de 1666, rapporté par le Brun en ſon Traité des ſucceſſions, *liv.* 2, *ch.* 2, *ſect.* 3, *n.* 19.

D'où il concluoit que quand un enfant avoit une fois accepté la légitime, il étoit légitimaire dans toutes les Coutumes, & ne pouvoit pas accepter les réſerves Coutumieres dans d'autres; que ces réſerves étoient une créance d'une toute autre nature, étant également deſtinées à toutes ſortes d'héritiers directs ou collatéraux.

Il diſoit pour deuxieme propoſition, que les réſerves Coutumieres devoient ſervir, en ce qu'elles excédoient la légitime de Droit, à acquitter d'autant la légitime dans les autres Coutumes, que c'étoit le ſentiment de Ricard, en ſon Traité des donations, *part.* 3, *ch.* 8, *ſect.* 9, *n.* 1115, *& part.* 3, *ch.* 10, *ſect.* 1, *n.* 1422, & de le Brun, en ſon Traité des ſucceſſions, *liv.* 2, *ch.* 3, *ſect.* 3, *n.* 18.

Enfin pour troiſieme propoſition, il diſoit que toutes les fois que les enfants légitimaires avoient tenté dans les Coutumes muettes ſur la légitime, de faire paſſer les réſerves Coutumieres pour la fixation de la légitime de Droit, cette prétention

avoit été condamnée par les Arrêts, l'un de 1674, rapporté au troiſieme tome du Journal des Audiences, pour les Coutumes de Poitou, Anjou, Touraine & la Rochelle, par lequel on réduiſit des Créanciers qui vouloient ſe pourvoir ſur la légitime d'un fils leur débiteur grevé de ſubſtitution, & qui demandoient ſa légitime dans quelqu'une de ces Coutumes, & les réſerves Coutumieres dans d'autres, à une ſimple légitime réglée ſuivant la Coutume de Paris; qu'il y avoit un ſecond Arrêt du 12 Mars 1715, rendu dans la maiſon de Carignan, qui avoit jugé la même choſe, en la Coutume de Poitou.

La Marquiſe de Teſſé répondoit à ces Arrêts, qu'à l'égard de celui de 1674, il falloit le regarder comme un Arrêt ſolitaire, rendu par des vues particulieres, & qu'à l'égard de l'Arrêt de Carignan, on n'en voyoit l'eſpece dans aucun de nos Livres.

Qu'à l'égard des Coutumes d'Anjou & de Poitou, il y avoit des portions affectées aux enfants, qui dans aucun cas de diſpoſition gratuite de leur pere, ſoit entre vifs, ſoit par Teſtament, ne peuvent leur manquer. Or la légitime de Droit n'a été admiſe que pour empêcher que les peres par aucunes diſpoſitions gratuites ne privaſſent leurs enfants d'une portion de leurs biens : quand ces enfants trouvent néceſſairement une portion des biens de leur pere, ſous telle dénomination que ce puiſſe être, il eſt vrai de dire que la Loi leur a pourvu ; la quotité qu'elle deſtine néceſſairement aux enfants, eſt préſumée une portion raiſonnable, & telle que le pere peut la devoir à ſes enfants.

Il eſt vrai auſſi qu'il eſt des Coutumes qui y ont pourvu plus abondamment que les autres ; mais le plus, ou le moins n'y fait rien. Ces Coutumes ont leurs raiſons particulieres pour diſpoſer ainſi ; il ſuffit que les enfants trouvent dans les biens de leurs peres, des portions néceſſaires qui ſoient à couvert de toutes diſpoſitions gratuites, ſoit entre vifs, ſoit teſtamentaires, pour que ces portions tiennent lieu de légitime, & que l'on puiſſe dans ces Coutumes prendre ces portions réſervées, & la légitime de Droit dans les autres qui en accordent, & ce n'eſt ni cumuler les deux Bénefices, ni ſyncoper l'option.

Sur ces raiſons de part & d'autres, eſt intervenu l'Arrêt, du Jeudi 3 Septembre 1744, qui met l'appellation, & ce, au néant, émandant, ordonne que les immeubles ſituées en Nor-

mandie, ſeront adjugés en totalité à la Marquiſe de Teſſé, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général Joly de Fleury, actuellement Procureur-Général.

Pour la confirmation de cet Arrêt, j'ajouterai la déciſion de Pontanus, ſur la Coutume de Blois.

Par cette Coutume, il eſt dit que l'on *pourra par Teſtament donner de ſes héritages patrimoniaux, le quart en cenſive, & le quint en fief tant ſeulement.*

Pontanus ſur cette diſpoſition parle ainſi, *portiones legari prohibitæ ultra quartam cenſualium, & quintam feudalium, ex diſpoſitione noſtræ conſuetudinis videntur reſervatæ liberis, & conjunctis, loco legitimæ quam conſtat jure naturæ debitam..... quare ante omnia arbitror ego accipiendas eas portiones quæ hîc alienari ſunt prohibitæ, pro legitimâ, etiamſi legitimam excedant, art.* 173, §. 12, *pag.* 164 & 165.

Je ne puis m'empêcher, en parlant de la légitime, de me diſtraire moi-même de ma matiere, pour remarquer que dans un recueil de conférences tenues, à ce qu'il paroît, chez Monſieur l'Abbé de Vienne, recueillies par défunt Me Renard, ancien Avocat, & qui eſt ès mains de Me Renard, Conſeiller au Châtelet, ſon petit neveu, & dont j'ai eu communication, j'y ai trouvé ce qui ſuit, » jugé dans le cas de la Loi derniere, » *ff. de curat. furio.* que la légitime ſeroit diſtraite au profit des » créanciers en l'affaire Dallon ; Me de Riparfons y fut ouï au » Bureau de Grand Commiſſaire, aſſis, & en chapeau, & ainſi » des autres Avocats.

Nous avons dit ci-devant, qu'une fille mariée dans une Coutume d'excluſion, pouvoit venir à ſucceſſion dans d'autres Coutumes qui ne l'excluent pas ; mais cela préſuppoſe que la fille n'a contre elle que l'excluſion légale & ſtatutaire : car quand elle y ajoute une renonciation expreſſe & conventionnelle, je crois que pour lors la fille eſt excluſe par-tout, non pas par la Loi, mais par la convention. L'excluſion devient perſonnelle, deſcendant de contrat & de conſentement : voyez Bacquet, du Droit d'Aubaine, *ch.* 21, *n.* 19, 2 *partie.* Auſſi Me Auzanet, titre des renonciations, *p.* 283, n'exige qu'une renonciation expreſſe par contrat de mariage, pour que la fille ſoit excluſe de toutes ſucceſſions, ſoit directes, ſoit collatérales.

Me Ch. du Molin a traité cette queſtion en deux endroits,

ſavoir en ſon *conſ.* 53, *& au C. tit. concl. de ſtat. de ſumma Trinit.*

Dans le Conſeil 53, il exige une renonciation expreſſe, outre l'excluſion légale, pour qu'elle puiſſe s'étendre au-delà du territoire; *quando filia maritatur à patre in patria Alverniæ, & ſic per conſuetudinem Alverniæ à ſucceſſione excluditur; non ſolum enim excluditur à ſucceſſione quoad bona ſita in dicta patria Alverniæ, & dictæ conſuetudinis, ſed etiam quoad bona in patria juris ſcripti, vel alibi ubicumque ſita: quod eſt verum, intercedente expreſſâ renunciatione.*

M^e Ch. du Molin, par cette déciſion, nous marque très-diſtinctement les différents effets de la renonciation légale, ſtatutaire & de maritation, & ceux d'une renonciation expreſſe & de convention: la premiere n'agit & ne s'étend que ſur les biens ſitués dans l'étendue du territoire; elle n'a d'empire & de juriſdiction que ſur ces biens, parce qu'elle ne prend ſa force & ſa valeur que de la Loi & du Statut; mais la ſeconde comme conventionnelle, a tout l'effet & toute l'autorité qu'ont toutes les conventions de la ſociété civile, lorſqu'elles ne ſont, ni prohibées, ni reſtreintes.

On m'oppoſera ſans doute que cela eſt bon, quand la renonciation expreſſe eſt nommément à tous biens & à toutes ſucceſſions; mais non pas lorſqu'elle n'eſt ſimplement qu'expreſſe, & voici l'argument dont on peut ſe ſervir.

M^e Ch. du Molin, au *Cod. de ſumma Trinitate*, parlant de la fille excluſe, *mediante ſpontaneâ renunciatione*, dit que cette renonciation libre, volontaire & ſpontanée, ne prend valeur que de la Loi, *non capit vitam niſi à Statuto locali, & non poteſt valere extra fines Statuti..... & ſic in bonis ſitis in loco ubi non eſt talis conſuetudo, poterit ſuccedere.*

Or une renonciation ſpontanée, libre & volontaire, ne peut être dite telle qu'autant qu'elle eſt exprimée au-dehors, voulue & conſentie par les parties.

Donc cette renonciation eſt une renonciation expreſſe; donc elle ne prend force que du Statut, quoique voulue & conſentie par les parties.

Ce qui fait connoître que la renonciation expreſſe dont parle M^e Ch. du Molin, dans ſon *conſ.* 53, & qu'il étend à tous biens, n'eſt pas une ſimple renonciation, mais une renonciation étendue nommément à tous biens.

L'on répond à cette objection, en obſervant que les termes, *ſpontaneâ renunciatione*, ſont une faute, ou de Copiſte, ou d'Imprimeur, & que l'on doit ſubſtituer les termes de *ſponſalitia renunciatione*, une rénonciation d'épouſailles & de maritation : car il n'y a que celle-là dont on puiſſe dire que *capit vitam à Statuto.*

D'où il réſulte que la renonciation expreſſe dont parle Me Ch. du Molin, en ſa premiere déciſion, eſt une renonciation oppoſée à la ſtatutaire, & qui ne part que des épouſailles, & que la premiere doit s'étendre à tous biens, pendant que la ſtatutaire eſt reſtreinte & renfermée dans le territoire du Statut; autrement il y auroit une contradiction manifeſte dans Me Ch. du Molin, n'étant pas poſſible de mettre une différence entre une rénonciation expreſſe & une rénonciation ſpontanée.

M. d'Argentré, *art.* 218, *n.* 26, a cru que l'avis de Me Ch. du Molin, (celui qui renferme l'effet de la renonciation volontaire & ſpontanée dans l'étendue du territoire du domicile,) étoit bon dans le cas d'une renonciation ſimple, *quæ ſecundùm loci mores facta intelligi debet ;* mais que ſi la renonciation étoit de tous biens, elle devroit s'étendre par-tout & dans toutes ſortes de Coutumes.

Quelque reſpect que j'aie pour ces deux grands hommes, je ne puis m'empêcher de dire qu'il y a long-temps que j'ai penſé que l'on philoſophoit un peu trop dans certaines occaſions, & que l'on traitoit les affaires à la pointe de l'eſprit. Les Loix pour être bonnes, doivent être ſimples, entendues & pratiquées avec ſimplicité, & elles doivent être à la portée de tout le monde. Quoi ! une famille eſt aſſemblée pour régler des conventions matrimoniales; ce ſont des Gentilshommes, des gens d'armée, des marchands, de bons bourgeois, gens qui n'entendent pas les ſubtilités de Droit; on convient que la future renoncera à la ſucceſſion de ſon pere, au moyen de la dot qu'il lui fournit : on écrit cette renonciation, & l'on voudra renfermer dans l'étendue du domicile, cette renonciation faite à un Droit univerſel, parce qu'il n'eſt pas dit que la fille renonce à toutes ſortes de biens, en quelques lieux qu'ils ſoient ſitués. Avouons-le; la ſcholaſtique ſeule a imaginé cette déciſion : c'eſt un ergotiſme indigne d'être adopté dans nos Tribunaux, où la bonne foi & la franchiſe doivent regner ſouverainement.

Penelle ſur la Coutume de Normandie, *pag.* 208, *art.* 250, agite la queſtion de ſavoir ſi une fille dotée avec ces expreſſions, *pour lui tenir lieu de la part qu'elle pourroit avoir ſur les biens de ſes pere & mere*, ſi, dit-on, ces termes ont la force d'une renonciation, ſans y avoir expreſſément renoncé, & ſi cette fille eſt néanmoins excluſe dans toutes autres Coutumes, même dans celles qui admettent les filles à ſuccéder, & il décide pour l'affirmative, ce qu'il appuie d'un Arrêt du 3 Avril 1672, rapporté par Banaſge ſur le même Article.

Me Ch. du Molin, ſur *l'Art.* 125 *de la Coutume de Paris*, *n.* 3, ſemble au contraire exiger une renonciation expreſſe de la part de la fille, *quandò pater dedit pro eo omni quod petere poſſit, & pro omni ſucceſſione, & tamen filia quæ non renunciavit expreſſè, non eſt excluſa;* mais ce que dit ici Me Ch. du Molin eſt ſi obſcur, que l'on ne peut le prendre pour une déciſion.

En effet un pere qui dote *pro eo omni quod filia petere poſſit & pro omni ſucceſſione*, dans une Coutume où cela eſt permis, me paroît dire ſuffiſamment que ſa volonté eſt que ſa fille ne puiſſe rien prétendre de plus dans ſa ſucceſſion; & la fille qui reçoit ſous cette condition, eſt préſumée s'y ſoumettre; ce qui emporte l'effet d'une renonciation conventionnelle.

Au ſurplus toutes ces renonciations à ſucceſſions futures, fuſſent-elles même à tous droits de légitime, ne ſauroient empêcher de réclamer la légitime dans les Coutumes qui admettent au ſupplément. C'eſt un droit réel & un bénéfice tel qu'il n'eſt pas permis d'y renoncer.

Nous avons pluſieurs Coutumes qui en admettant l'excluſion des filles dotées, permettent de les rappeller & de les réſerver; mais ce rappel eſt encore très-varié : les unes ne le permettent que par contrat de mariage ſeulement. Coutumes de Bourbonnois, *art.* 300. La Marche, *art.* 240. Auvergne, *tit.* 12, *art.* 29; mais dans les Coutumes de Touraine, *art.* 248, de Lodunois, &c. il ſuffit de tel acte que bon ſemble.

Dans la Coutume d'Anjou, *Art.* 245, homme, ou femme noble qui a marié ſon héritier préſomptif, comme ſon principal & préſomptif héritier, ne peut plus rien vendre, donner, ni aliéner de ſes immeubles, au préjudice de la portion qui auroit appartenu audit héritier, ſi la ſucceſſion lui étoit échue

au jour dudit contrat. Me Ch. du Molin demande, ſur cet Article, s'il pourroit rappeller une fille déja mariée, & qui auroit renoncé *expreſſè, vel tacitè*, & il décide pour l'affirmative, parce que tel rappel *erat perpetuæ facultatis*, & que *expreſſa renunciatio non impedit filiam iterùm vocari, multo minùs tacita renunciatio, tum parentes novæ nurûs benè ſciebant illam poſſe revocari ad ſucceſſionem, & ſic non fuerant decepti.*

Dans la Coutume de Normandie il y a réſerve & rappel, & ces deux choſes ont des objets bien différents; une fille réſervée à ſucceſſion, (ce qui ſe fait en la mariant,) eſt admiſe à la ſucceſſion. La réſerve fait une héritiere qui peut prendre la portion que la Loi lui deſtinoit avant ſon mariage; mais le rappel ne donne droit qu'à la légitime, ou mariage avenant, & ſe fait poſtérieurement au mariage.

Mais quelquefois le rappel & la réſerve ne ſont pas ſuffiſamment marqués, & il peut être utile d'examiner quels ſont les termes qui peuvent induire & opérer un rappel, ou réſerve.

Cette queſtion, ſelon Baſnage, *art.* 258, ne tomberoit pas dans la Coutume de Normandie, parce que, ſelon lui, toute réſervation à partage devant ſe faire en termes précis & formels, on n'admet pas l'équivalence, par la raiſon que la Coutume eſt toute mâle; & les filles, pour être admiſes à ſuccéder, doivent être réſervées par une volonté expreſſe du pere. Cependant je ne vois pas que cette déciſion ſoit univerſellement adoptée dans cette Coutume, & l'on penche volontiers à y préſumer le rappel, comme étant un retour au Droit commun toujours favorable.

Si on admet le rappel préſumé, c'eſt parce que les termes du contrat de mariage, du teſtament, ou autres actes, le donnent ainſi à entendre.

La clauſe qui eſt la plus fréquente dans les contrats de mariage, eſt celle par laquelle le pere qui dote, donne ſur ſa ſucceſſion future. On demande ſi cette clauſe peut faire préſumer un rappel.

Conſtant, ſur Poitou, *art.* 220, *gl.* 1, dit que les pere & mere ayant doté leur fille par préciput & avantage, cette clauſe n'a point force de réſerve à leur ſucceſſion.

Au contraire Taiſant, ſur Bourgogne, *tit.* 7, *art.* 21, *not.* 12. Hévin, ſur *l'art.* 557 de Bretagne, décident pour la réſerve

dans ce cas, & cette déciſion eſt conforme à celle de Me Julien Brodeau. Il n'eſt pas néceſſaire, dit cet Auteur, que la réſerve qui ſe fait dans le contrat de mariage ſoit formelle, expreſſe & préciſe, ains la tacite ſuffit, comme ſi les pere & mere ont donné à leur fille en avancement d'hoirie, ou qu'elle pourra rapporter, ou moins prendre. Arrêt du Parlement de Rouen ſur un Apointé au Conſeil, du 18 Août 1601, ſur *l'art.* 254 de cette Coutume.

Pour moi j'eſtime que la queſtion dépend beaucoup des circonſtances.

Par exemple, ſi un homme eſt domicilié en Coutume d'excluſion, que tous ſes biens y ſoient ſitués, & qu'il dote ſa fille à imputer ſur ſa ſucceſſion future, je crois qu'une pareille clauſe vaut réſerve dans les circonſtances que nous venons de propoſer, n'étant pas poſſible de préſumer que le pere ait donné à ſa fille, ſur ſa ſucceſſion future, dont il ſavoit qu'elle étoit excluſe par la Loi de ſon domicile, & de la ſituation de ſes biens, ſi ce n'eſt pour la rappeller.

Ainſi la clauſe écrite dans la partie même du contrat qui porte la dotation, jointe à cette circonſtance que le pere eſt domicilié dans une Coutume d'excluſion, & qu'il y a tous ſes biens, me détermine pour ce parti.

Mais un homme eſt domicilié dans une Coutume de partage; ſes biens y ſont ſitués pour la plupart, & il a par haſard quelques fonds dans une Coutume d'excluſion; je ne croirai pas, dans cette eſpece, que la dotation ſur la ſucceſſion future, emportât une réſerve dans la Coutume d'excluſion, parce que la clauſe peut ſe vérifier & s'exécuter ſans cela, puiſqu'il y a réellement une ſucceſſion à laquelle la fille eſt appellée, & qu'il ne paroît pas raiſonnable de préſumer une intention dans le pere, de rappeller, quand il ne s'eſt pas expliqué plus préciſément.

Il en ſeroit de même ſi le pere domicilié dans une Coutume de partage, ayant donné à ſa fille ſur ſa ſucceſſion future, venoit par la ſuite à acquérir quelque bien dans une Coutume d'excluſion, parce que le pere n'eſt pas préſumé avoir voulu prévenir une excluſion qui n'avoit pas lieu pour lors, & que la clauſe ne vaut pas, & n'a pas force d'inſtitution d'héritier; que par conſéquent le pere a été le maître d'acquérir où bon lui a ſemblé, & qu'il faut ſubir la Loi preſcrite dans le lieu de la ſituation.

En

En effet, préſuppoſons la clauſe dont il s'agit. Un pere n'auroit-il pas pu acquérir un fief plutôt qu'une roture, & donner, par cette acquiſition, des droits d'aîneſſe à l'aîné mâle? N'auroit-il pas pu acquérir en Ponthieu, où il n'y a qu'un héritier, ſans que la fille dotée ſur la ſucceſſion future, pût ſe plaindre? Pourquoi donc voudroit-on que le pere n'eût pas pu acquérir en Coutume d'excluſion, & que ſon intention eût été de ſe lier les mains, ou de déroger à une excluſion de Coutume dans laquelle il n'avoit pas encore acquis?

Que ſi le pere étoit domicilié dans une Coutume d'excluſion, qu'une partie de ſes biens y fût ſituée, & qu'il en eût auſſi une bonne partie dans une Coutume de partage, j'eſtimerois que comme l'on ne peut pas préſumer que le pere, lors de la dotation, n'ait pas eu ſous les yeux l'excluſion portée par la Coutume de ſon domicile, où une bonne partie de ſes biens eſt ſituée, il eſt auſſi à préſumer qu'il n'a donné à ſa fille, ſur ſa ſucceſſion future, que pour ne pas la priver d'une partie de ſes biens, que l'excluſion lui auroit enlevée.

Je crois appercevoir toutes ces déciſions dans ce que dit le Brun en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 3, *chap.* 10, *ſect.* 1, *n.* 7, *in fine.* « On demande ſi un pere mariant ſa fille dans » les Coutumes d'excluſion, & lui donnant un avancement » d'hoirie, n'eſt pas cenſé la réſerver, & il faut conclure pour » l'affirmative. Ce qui a été jugé pour la Normandie, par un » Arrêt rapporté dans M. le Prêtre, *Centurie* 1, *ch.* 36, au » commencement. Baſnage, ſur l'article 260 de la Coutume » de Normandie. Il y a plus de difficulté, quand le pere noble » domicilié à Paris, en Anjou, en Maine, en Touraine, en » Bourbonnois, lui donne en avancement d'hoirie: car en ce » cas, la clauſe pouvant avoir ſon application, ſans déroger » aux Coutumes d'excluſion, & l'avancement d'hoirie pouvant » être réduit aux biens de Paris, quoique la donation ſera préſumée faite pour tous les biens, tant des Coutumes d'excluſion, que de Paris, en ſorte que le rapport ſe fera à proportion ſeulement dans la ſucceſſion des biens de Paris, ſuivant » ce qui a été expliqué au *liv.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 5, *num.* 32, la » fille reſtera excluſe des biens ſitués dans ces Coutumes d'excluſion. Cette déciſion dépend de notre principe, que les » rappels étant contre l'eſprit de ces Coutumes, doivent être » exprès, comme le rappel où la réſerve eſt de la volonté de

» l'homme, l'un & l'autre n'opérant pas au-delà de ce qui eſt » littéralement écrit.

C'eſt pourquoi dans la Coutume d'Anjou, qui exclut la fille noble dotée de la ſucceſſion des pere & mere, aïeuls, ou aïeules, le rappel, ou la réſerve à la ſucceſſion des pere & mere, ne vaudroit pas réſerve à la ſucceſſion d'un aïeul, ainſi qu'il a été jugé dans l'eſpece ſuivante.

Du mariage de M. Guillaume de Bautru, Comte de Serrant, avec Dame Marie Bertrand, ſont nées deux filles; l'une mariée au Marquis de Vaubrun, & l'autre au Comte de Maulevrier.

Les ſieur & Dame de Maulevrier ayant eu cinq enfants, ils marierent une de leurs filles au Comte de Médavi, qu'ils doterent avec cette clauſe, *ont leſdits pere & mere réſervé la future épouſe à leurs ſucceſſions futures, le cas arrivant, pour les partager avec ſes autres cohéritiers, en rapportant, &c.*

Les ſieur & Dame de Maulevrier décéderent, & depuis eux décéda le ſieur Comte de Serrant.

La Dame de Médavi vouloit partager dans ſa ſucceſſion, les biens d'Anjou.

On lui oppoſoit qu'elle avoit été dotée & mariée, & que dans cette Coutume, ſuivant *l'art.* 241, « fille noble mariée & » emparagée noblement, ne peut rien demander aux ſucceſſions » directes de pere, de mere, d'aïeuls, ni d'aïeules, tant qu'il y » a hoirs mâles, s'il ne lui eſt réſervé en faiſant le mariage » & que dans le fait il y avoit des mâles.

Elle répondoit qu'elle avoit été réſervée par ſon contrat de mariage à la ſucceſſion de ſes pere & mere.

On lui repliquoit que cette réſerve étoit bonne pour les ſucceſſions des peres & des meres, parce qu'elle étoit expreſſe; mais qu'une telle réſerve n'emportoit point réſerve à la ſucceſſion de l'aïeul; que l'excluſion légale eſt une opération de la Loi, qui dans l'inſtant du mariage agit indéfiniment pour toutes les ſucceſſions qu'elle embraſſe, & que la réſerve eſt un acte de l'homme qui peut être reſſerré dans certaines bornes, & qu'elle n'avoit été réſervée qu'à la ſucceſſion de ſes pere & mere, & non pas de ſes aïeuls, *& ſic judicatum*, par Sentence des Requêtes de l'Hôtel, du 15 Mars 1720, confirmée par Arrêt de la Grand'Chambre, ſur les concluſions de M. Gilbert, du 22 Août 1721.

On trouve dans le grand Coutumier de Richebourg, *art.* 305, de la Coutume du Bourbonnois, une note de Me Julien Brodeau, qui eſt conforme à cet Arrêt. La voici : ſi par le contrat de mariage la renonciation eſt limitée aux ſucceſſions directes des pere & mere, & que la fille qui a renoncé, ſoit réſervée à la premiere échoitte & ſucceſſion collatérale, la proviſion de l'homme, en ce cas, fait ceſſer celle de la Loi, comme il a été jugé par Arrêt, du premier Juillet 1645, donné en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Roujaut, confirmatif de la Sentence du Sénéchal de Bourbonnois, ou ſon Lieutenant à Moulins, du 24 Mars 1642, au profit de Damoiſelle Anne le Tailleur, veuve de Jean Feydeau, contre Antoine de Collart, Tuteur des enfants mineurs de défunt Jean le Tailleur, frere de ladite Marie, pour la ſucceſſion de ſa ſœur, tante deſdits mineurs, dont il eſt dit que partage ſera fait également entre les parties.

Au ſurplus, je finirai cette Diſſertation, en obſervant que l'on ne riſque communément rien en fait de Droits ſucceſſifs, de ſe déterminer par la Loi de la ſituation, parce que tout eſt réel en cette matiere; je n'en ferai pas un principe ſans exception; mais j'en ferai du moins un principe général.

Et delà il ſuit que le rappel étant un retour à une ſucceſſion, ce retour doit ſuivre, & être aſſujetti aux Loix de la ſituation, & qu'il ne peut avoir lieu qu'autant qu'il eſt fait par les actes, & dans les temps preſcrits par leſdites Coutumes.

C'eſt ainſi que j'avois travaillé cette Diſſertation, lorſque le Commentaire de M. le P. Bouhier a paru, où je trouve, *ch.* 26, *n.* 175 *& ſuivants*, que toutes les queſtions ci-devant traitées & décidées par le principe de la réalité, y ſont décidées, au contraire, par le principe de la perſonnalité, c'eſt-à-dire, que ce Magiſtrat a eſtimé que les Coutumes, qui prononcent des excluſions à ſucceſſions paternelles, maternelles & collatérales, ſont toutes des Coutumes perſonnelles.

M. le P. Bouhier commence par dire qu'il n'y a pas de difficulté à exclure une fille de toutes ſucceſſions, quand par contrat de mariage, elle a renoncé à ſuccéder, ſoit qu'elle ait ſimplement renoncé, ſoit qu'elle ait ajouté, *généralement à toutes ſucceſſions, en quelques Coutumes que ce puiſſe être*, & à cet égard, on peut voir, par ce que j'ai dit ci-devant, qu'en cela je ſuis fort d'accord avec ce Magiſtrat.

Mais de la renonciation expreſſe, M. le P. Bouhier paſſe à la renonciation tacite & préſumée, & opérée par la diſpoſition d'un grand nombre de nos Coutumes, & il eſtime que cette renonciation tacite n'eſt pas ſimplement relative aux Coutumes qui prononcent l'excluſion des filles mariées; mais qu'elle agit dans toutes les Coutumes généralement, même dans celles qui ne l'excluent pas, & ſur ce fondement, il décide que les Coutumes qui prononcent ces ſortes d'excluſions contre les filles domiciliées, ſont des Coutumes perſonnelles: ce Magiſtrat déclare qu'en cela, il s'attend à trouver beaucoup de contradiction; mais la vérité qu'il croit appercevoir dans le parti qu'il prend, le fait paſſer par-deſſus toute autre conſidération.

M. le P. Bouhier ne diſſimule pas que M^e Ch. du Molin eſt d'un avis contraire au ſien, quoique, dit-il, cet Auteur ait établi, *Conſ.* 53, des principes qui devoient lui faire embraſſer un tout autre parti: il diſtingue en effet entre le cas où la Coutume diſpoſe de ſon plein mouvement, & le cas où elle ne fait que ſuppléer à des conventions préſumées des parties contractantes. Au premier cas la Coutume ne ſort pas hors de ſes limites, au lieu qu'au ſecond elle a ſon exécution ſur tous les biens des contractants, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués.

Or, dit ce Magiſtrat, les Statuts, dont il s'agit, ſont de cette ſeconde claſſe, parce qu'ils dérivent d'un ancien uſage, qui étoit en quelque maniere de Droit commun en ce Royaume, d'exiger des filles en les mariant, ces ſortes de renonciations; ainſi les Coutumes qui les ont admiſes, n'ont fait autre choſe que de rendre de Droit général & public, ce qui étoit auparavant d'un uſage ordinaire.

Auſſi (ajoute encore ce Magiſtrat) d'Argentré qui a ſenti la contradiction de du Molin, n'a pas manqué de la lui reprocher, en lui diſant que puiſqu'il eſtimoit pour perſonnels les Statuts de la Communauté conjugale, la parité de raiſon vouloit qu'il fît le même jugement des Statuts d'excluſion des filles.

M. le P. Bouhier trouve ce reproche ſans replique; il croit même qu'il y avoit moins lieu de douter de la perſonnalité des Statuts excluſifs des filles dotées, parce qu'une excluſion de ſucceſſion eſt une excluſion à un Droit incorporel & univerſel. Or un pareil Droit eſt de nature à être étendu par-tout.

Une autre conſidération qui frappe encore beaucoup ce Magiſtrat, eſt que, ſuivant pluſieurs Docteurs, & ſuivant du Mo-

lin même, l'effet de ces Statuts eſt de rendre les filles inhabiles à recueillir les ſucceſſions paternelles & maternelles.

Or tout Statut qui détermine la capacité ou l'incapacité des perſonnes, eſt perſonnel.

C'eſt l'avis d'Alexandre, *Conſ.* 141, 12, 18, *liv.* 7, de Chaſſeneux, *rub.* 7, §. 12, *gloſſ. derniere, n.* 11, & de Théſaur. *quæſt.* 5, *liv.* 2, *quæſt. For.*

Qu'on ne diſe pas que ce Statut eſt odieux; il eſt au contraire fondé ſur l'utilité publique & ſur le bien des familles.

Qu'on ne diſe pas encore qu'il eſt contre le Droit commun, puiſque c'eſt un ancien uſage que nos Auteurs regardent comme un point eſſentiel au bien de l'Etat. D'ailleurs il n'eſt pas toujours vrai que les Statuts contraires au Droit commun, ne puiſſent être étendus hors de leur territoire, quand ils déterminent la capacité ou incapacité des perſonnes; ce qui peut s'appliquer à l'excluſion des filles mariées.

Qu'on n'oppoſe pas encore, continue toujours ce Magiſtrat, la réalité des Coutumes; cette regle n'a pas lieu pour les Statuts qui ſont fondés ſur les conventions expreſſes ou tacites des parties. Or l'excluſion des filles eſt de ce nombre; d'ailleurs la réalité des Coutumes n'a pas lieu, quand le Statut détermine la capacité ou l'incapacité d'une perſonne pour quelque choſe, & quand il s'agit de Droits incorporels & indiviſibles, tels que ceux des ſucceſſions.

Enfin le ſyſtême de la perſonnalité eſt plus ſimple dans ſon exécution: on n'a qu'à ſe conformer en tout & par-tout à la Coutume du lieu où la fille étoit domiciliée avant ſon mariage, ſans s'embarraſſer de la diverſité des Coutumes, où les biens paternels & maternels peuvent être ſitués; au lieu que dans le ſyſtême de la réalité, il faut faire autant de différents plans pour régler les Droits des filles, qu'il y a de Coutumes différentes où les biens ſont ſitués.

On voit que M. le P. Bouhier fonde ſon ſyſtême de la perſonnalité ſur une convention tacite & préſumée, & cette convention tacite & préſumée, eſt elle-même fondée ſur un ancien uſage du Royaume d'exclure les filles mariées de toutes ſucceſſions.

Mais quel qu'ait été cet ancien uſage, faut-il y recourir pour décider notre queſtion, plutôt qu'à l'uſage actuel, & à ce qui s'obſerve le plus univerſellement dans le Royaume?

L'uſage ancien étoit d'exclure les filles mariées; mais l'uſage actuel eſt de les admettre. Le Droit commun, ou, ſi l'on veut, l'uſage préſent & preſqu'univerſel a aboli l'ancien uſage; ainſi l'excluſion des filles eſt aujourd'hui une Loi particuliere réduite dans quelques Coutumes ſeulement, & par conſéquent une Loi exorbitante, ou du moins contraire au Droit preſque univerſel.

Delà il ſuit que la convention préſumée fondée ſur l'ancien uſage, ſe trouve aujourd'hui fondée ſur une Loi abolie, ou du moins qui n'eſt plus obſervée que dans quelques endroits; & ſi l'univerſalité de cet ancien uſage pouvoit autrefois ſervir de baſe à la convention préſumée, la dérogation générale à cet ancien uſage fait admettre une toute autre convention préſumée, l'ancienne n'ayant plus de ſoutien, ni de fondement.

Il ne faut pas même dire que dans l'ancien temps on eût beſoin de cette convention préſumée, ſi indépendamment de toute convention, cette excluſion avoit lieu de Droit dans le Royaume.

Mais peut-on admettre aujourd'hui cette convention préſumée, & n'eſt-on pas en droit de répondre en cette occaſion ce que d'Argentré a répondu à M^e Ch. du Molin? Toutes les diſpoſitions d'une Coutume dans laquelle nous contractons, paſſeront donc ainſi en conventions, & alors il n'y aura plus entre les contractants qu'une ſeule & même Loi, les diſpoſitions les plus réelles deviendront des conventions, ce qui ne ſauroit raiſonnablement ſe ſoutenir, eu égard à la variété ſubſiſtante de nos Coutumes.

Mais, dit-on, il y a autant de raiſon d'admettre ici la convention préſumée, que de l'admettre pour le cas de la Communauté ou de la non Communauté; mais ſi on l'a admiſe dans ce dernier cas, eſt-ce une raiſon pour l'admettre dans un autre, & ſi on l'admet encore pour le cas d'excluſion de ſucceſſion, ne faudroit-il pas dès-lors l'admettre généralement pour tous autres cas?

Mais n'y a-t-il pas quelque raiſon pour l'admettre en fait de Communauté, & la rejetter en fait de ſucceſſion? Un homme & une femme ſe mettent enſemble, s'apportent mutuellement ce qu'ils ont, travaillent mutuellement à augmenter leur fortune; ils ſont domiciliés dans une Coutume qui les rend aſſociés; quoi de plus naturel que de préſumer que ces perſonnes

ont adopté cette Loi, puiſqu'ils n'ont rien ſtipulé qui y fût oppoſé?

*Vice verſâ*, ces perſonnes contractent dans une Coutume, où chacun reſte maître de ſon bien, & travaille pour ſon utilité particuliere; quoi de plus naturel encore que de préſumer que ces perſonnes ont voulu vivre ſur le pied où la Loi les a mis enſemble?

J'ai dit ailleurs que je regardois la Communauté, ou la non Communauté d'entre conjoints, comme formant dans les conjoints un état & une condition; que c'étoit un état pour les conjoints d'être entre eux pendant tout le reſte de leur vie en ſociété ou en non ſociété, & dans ce ſyſtême on ſent la différence qu'il y a entre le Statut de la Communauté & non Communauté, & le Statut qui prononce contre une fille mariée un Droit d'excluſion à toutes ſucceſſions: ce n'eſt pas pour cette fille un état perſonnel; c'eſt une ſimple privation de biens, au lieu que la ſociété ou non ſociété, place les conjoints dans un état perſonnel d'aſſociés ou non aſſociés, pour le reſte de leurs jours.

Mais n'enviſageons pas même la Communauté ou non Communauté comme l'état des conjoints; on ne ſauroit diſconvenir que des perſonnes qui ſe mettent enſemble pour y vivre juſques au décès de l'un d'eux, penſent à la maniere dont ils ſeront enſemble, & que ne rédigeant pas par écrit leurs penſées, ils n'ont voulu autre choſe à cet égard que ce que vouloit la Loi, ſous laquelle ils ſe propoſent de vivre, avec d'autant plus de raiſon, qu'il ne s'agit ici que de décider à qui appartiendront des biens à acquérir par le fait & le miniſtere des conjoints, & d'une commune collaboration, en ſorte qu'ils ne font pas la Loi à des biens actuels; mais proprement à l'action de l'homme qu'ils conviennent tacitement devoir être l'action d'un aſſocié ou d'un non aſſocié.

Mais une fille qu'on marie, & qu'on dote ſans ſtipuler une excluſion de toutes ſucceſſions, n'eſt pas préſumée dès-lors convenir d'une excluſion générale: elle reçoit ſa dot, & tout ce que l'on peut préſumer dans cette fille, eſt une ſoumiſſion ſimple à la Coutume, & non une convention.

L'excluſion de ſucceſſion, dit-on, eſt une excluſion à un Droit incorporel & univerſel. Or un pareil droit eſt de nature à être étendu par-tout; c'eſt le grand argument de ceux qui

sont pour la personnalité des Statuts d'exclusion. Voyez les Statuts de Provence, par Bomi, *pag.* 141, *n.* 15; mais Morgues, qui a commenté les mêmes Statuts, réfute amplement cet avis, *pag.* 189, & d'Argentré, *art.* 218, *n.* 26, dit qu'il est ouvertement mauvais, *ea Sententia est perspicue falsa, & à falsis assumptis.* En effet l'argument qu'on vient d'alléguer prouve trop.

Car delà il faudroit conclure que celui qui est non héritier dans le lieu de son domicile, est non héritier dans toutes les autres Coutumes où il y a des biens, & cependant cela n'est pas vrai; pourquoi? c'est que chaque Coutume à ses dispositions particulieres, & que s'agissant uniquement de biens, il faut nécessairement suivre la Loi de la situation. M. le P. Bouhier le dit lui-même, *ch.* 30, *n.* 63, l'indivisibilité de la qualité d'héritier ne peut être alléguée que quand une succession ne fait qu'un seul patrimoine, comme dans le Droit Romain; mais autre chose est dans les Coutumes qui ont distingué diverses sortes de patrimoines dans une succession, & la maniere d'y succéder. La raison est qu'en ce cas il y a autant de successions différentes, que de patrimoines & de Coutumes, & par conséquent il s'y fait autant de différents partages, lesquels sont réglés par chaque Coutume.

Il est vrai que la qualité d'héritier est une qualité personnelle; mais prenons bien garde que cette qualité n'est pas une qualité d'état & de condition; c'est une qualité personnelle, à la vérité, mais personnelle réelle; c'est-à-dire, que cette qualité, quoique personnelle, à cause de la convention & du contrat tacite résultant de l'adition d'hérédité, est réelle en ce qu'elle est toute relative aux biens, & c'est en ne faisant pas attention à cette distinction, que l'on peut tomber dans de grandes erreurs. La qualité personnelle qui affecte la personne, & qui en même-temps lui forme son état & sa condition, se porte par-tout; mais la qualité personnelle réelle affecte bien la personne, mais ne donne qu'une habilité restreinte & dépendante des Loix de la situation des biens directement & principalement, & telle habilité ne s'étend pas & ne se porte pas par-tout de droit, parce que de sa nature elle est restreinte & limitée.

Si la qualité d'héritier dans une Coutume qui nous appelle, ne se porte pas dans les Coutumes qui ne nous appellent pas, la

la qualité de non héritier dans une Coutume qui ne nous appelle pas, ne ſe porte pas de même dans les Coutumes qui nous appellent, & tout cela parce que cette qualité d'héritier, ou non héritier, quoique perſonnelle, eſt limitée abſolument aux biens, & qu'eu égard à la variété des Coutumes, ces diſpoſitions perſonnelles réelles n'ont force & autorité que dans leur territoire & autres Coutumes qui ont les mêmes diſpoſitions, & ne font pas Loi pour des biens ſitués ailleurs, & dans des Coutumes contraires.

Si je ne donne pas d'extenſion aux Statuts qui excluent les filles, ce n'eſt pas parce que ces Statuts ſont odieux. Je ne dirai pas, comme quantité de nos Auteurs, que ceux qui admettent pareilles excluſions, ſont, *accuſatores naturæ ;* que la différence que l'on pouvoit mettre entre les deux ſexes, eſt, *naturæ damnatrix iniqua, & intolerabilis, impia, & nimia ſubtilitate inducta contra naturalem juſtitiam ;* mais je dis que ces Statuts n'ont point d'extenſion, parce qu'ils ne dirigent que les biens, & que s'ils affectent la perſonne, ce n'eſt que pour quelque choſe en particulier, & qui eſt reſtreint à cette choſe unique.

Il eſt vrai que quand le Statut détermine d'une certaine maniere la capacité, ou incapacité d'état & de condition d'une perſonne, vis-à-vis un autre Statut qui regle également la condition de la perſonne, mais d'une autre maniere, il n'eſt plus queſtion de réalité.

Mais quand la capacité, ou incapacité de la perſonne, n'eſt qu'une capacité, ou incapacité bornée & reſtreinte aux biens, & ne formant pas l'état de la perſonne, cette capacité, ou incapacité eſt renfermée dans ſon lieu, & l'on ne peut pas raiſonnablement préſumer des conventions par rapport à ces Statuts. La préſomption eſt même que les Parties ſe ſont référées aux différentes Coutumes de la ſituation.

Mais, dit-on encore, le ſyſtême de la perſonnalité eſt plus ſimple dans ſon exécution. On n'a qu'à ſe conformer en tout & par-tout à la Coutume du lieu où la fille étoit domiciliée avant ſon mariage. On convient de cette propoſition. Delà ces vœux ſi réitérés, ou pour n'admettre qu'une ſeule Loi dans tout le Royaume, ou dans le concours, pour donner la préférence à celle du domicile; mais ce ſyſtême eſt incompatible avec la variété de nos Coutumes, & tant qu'elle ſubſiſtera, il faut,

pour régler les droits de chacune de ces Coutumes, & pour que l'autorité de l'une n'empiete pas ſur l'autorité de l'autre, déférer néceſſairement à la réalité, excepté dans ce qui regarde l'état & la condition publique de la perſonne, pour raiſon de quoi, de Droit commun, toutes les Nations ſe déferent les unes aux autres.

## OBSERVATION XIX.

RODENBURGH veut que les meubles ſuivent la Loi du domicile, & c'eſt le langage de tous nos Auteurs. *Mobilia ſequuntur perſonam.* La raiſon de cette maxime eſt qu'ordinairement les meubles *in uſum familiæ comparata ſunt.* Me Ch. du Molin nous aſſure ſur la Coutume de Lille, que cette maxime eſt un droit général dans le Royaume. Voyez encore ſa Note ſur l'Article 140 de la Coutume de Senlis, & ſur l'Article 9 de Montreuil.

Voici l'uſage que Chopin fait de cette maxime. Une femme roturiere avoit épouſé un Gentilhomme Angevin qui étoit décédé domicilié en Anjou. Elle avoit depuis transféré ſon domicile en Touraine, où elle mourut. Son aîné ſoutint que les meubles devoient lui appartenir conformément à la Coutume de Touraine où ſa mere étoit décédée, *art.* 260. Les puînés prétendoient au contraire qu'il falloit les partager, ſuivant la Coutume d'Anjou, *art.* 309. Leur raiſon étoit *quod vidua mulier Andegavi conjugis domicilium retinuerit jure civili, quaſi in eodem matrimonio perſeveraverit;* & Chopin, ſur cette Coutume, *lib.* 3, *cap.* 1, *tit.* 2, *n.* 17, décide en faveur de l'aîné; c'eſt-à-dire, en faveur du domicile actuel de la mere.

Notre Auteur en admettant cette maxime, *mobilia ſequuntur perſonam*, la regarde comme réelle, en ce qu'elle donne aux meubles une aſſiette dans le domicile du propriétaire, *à quo legem ſitumque accipiunt*, dit auſſi Burgundus, *tract.* 1, *n.* 2. Il eſt vrai que cette aſſiette n'eſt pas fixe & immuable comme celle des fonds de terre, parce que les meubles ne ſont dans un lieu, qu'autant qu'il plaît à celui qui en eſt le Propriétaire d'y demeurer, & que le Propriétaire peut, quand bon lui ſemble, changer de domicile, & par conſéquent changer l'aſſiette

de ſes meubles; mais tant que le Propriétaire demeure dans le même lieu, les meubles y ont du moins, pendant ce temps, une aſſiette. Ils ſont, dit Henrys, attachés au domicile, & le ſuivent, *liv.* 4, *tome* 1, *ch.* 6, *queſt.* 105, & ils ſont régis par la Loi de ce lieu.

Eſt-ce par une Loi réelle à raiſon de l'aſſiette? Eſt-ce par une Loi perſonnelle, en tant que les meubles ſont attachés à la perſonne, & que la Loi du domicile qui régit la perſonne, eſt perſonnelle? La queſtion paroît aſſez indifférente, puiſque c'eſt toujours la Loi du domicile qui en décide: cependant notre Auteur ſe détermine à dire que les meubles ſont régis à raiſon de l'aſſiette qu'ils ſont préſumés avoir dans le lieu du domicile, & je crois cette déciſion très-exacte, & conforme à ce que dit M^e Ch. du Molin ſur *l'art.* 41 de la Coutume d'Auvergne, *ch.* 12. *Ex quo hîc habet domicilium, cenſentur mobilia hîc eſſe.*

M. d'Argentré, & avec lui pluſieurs autres, prétendent que les meubles, *ſitum habere negantur, nec loco continere dicuntur propter habilitatem motionis, & tranſlationis; quare ſtatutum de bonis mobilibus verè perſonale eſt.*

Mais je ne vois pas pourquoi l'on refuſe aux meubles une aſſiette: on convient que cette aſſiette n'eſt pas immuable, que les meubles ne ſont point inhérents au fonds, mais du moins ils y exiſtent par une ſorte de demeure avec le Propriétaire.

De dire que le Statut qui régit les meubles *eſt verè perſonale*, c'eſt, ce me ſemble, changer les notions ordinaires: car nous n'appellons un Statut perſonnel, que celui qui régit la perſonne, en l'affectant d'un certain état; & d'Argentré lui-même veut que le Statut perſonnel regle univerſellement la perſonne; ce qui ne ſauroit convenir aux Statuts qui reglent les meubles. C'eſt pourquoi je préfere ce que dit au même endroit d'Argentré. *Mobilia non alio jure habentur quàm perſona ipſa, & ideo legem ab domicilii loco capiunt..... loco domicilii judicium ſumunt.*

Quoi qu'il en ſoit, cette diſpute n'eſt pas d'une grande utilité; & dans l'un & dans l'autre ſentiment, il eſt toujours vrai de dire que *mobilia ſequuntur perſonam.* Ce qui doit ſuffire pour la déciſion des queſtions qui peuvent ſe préſenter. Nous ne demandons pas que les meubles aient leur aſſiette effective & actuelle dans le lieu du domicile, pour être régis par la Loi de ce lieu; il ſuffit qu'ils y aient une aſſiette préſumée. Les meu-

bles, en quelque endroit qu'ils puiſſent être hors le domicile ; ſont toujours réputés être comme dans un entrepôt, & on les préſume aſſis & exiſtants dans le lieu du domicile même.

Si les meubles pouvoient avoir une aſſiette ailleurs qu'au domicile du propriétaire, ce ſeroit certainement dans le cas d'un dépôt : car les choſes dépoſées ſe trouvent dans le lieu par une deſtination préciſe du propriétaire ; cependant la déciſion eſt au contraire. Chopin en agite la queſtion : *homo Italus qui larem fovebat in Gallia, furente inteſtino bello, curavit protinus bene nummatos loculos ad propinquum, & gentilem ſuum tranſmittendos in patrium ſolum anno* 1590, *ea nimirum conceptâ ſpe ut ſibi, liberiſque ſuis Gallis, in meliora tempora nummi reſervarentur. Triennio poſt, Gallicorum motuum fluctibus exorbetur depoſitor pecuniæ, filiabus domi relictis ex aſſe hæredibus. Repoſcunt hæ paternum depoſitum à proximo illo agnato hetruſcæ urbis cive ; is ſe quidem fatetur ab earum patre ingentem auri ſummam contracta fiducia accepiſſe, verum ejus morte ſolidam ad ſe unum hæredem redire contendit, loci Lege in quo poſita pecunia defuncti jaceret. Florentinis enim conſtitutionibus mares agnati filias hæreditate arcent rerum in eo principatu ſitarum, quæque territorii iſtius Jure adminiſtrentur..... reor tamen ipſe puellarum, de fide ſequeſtra violata, quærelam potiorem, nec enim in dirimenda moventium hujuſmodi controverſia ſpectari par eſt ejus inſtituta urbis, in qua pecuniæ ad tempus collocatæ ſint ; cùm iſthinc abeſſe eaſdem præſumptum ſit Juris conjectura, & opinione..... minime item prætor infidis opitulatur, ac fædifragis*, ſur Paris, *liv.* 1, *tit.* 1, *n.* 31 : au ſurplus ſur l'aſſiette des meubles des Officiers militaires, voyez la déclaration de 1707, & ce que j'ai dit en *l'Obſervation* 30.

Quelques-uns ont prétendu que les meubles précieux devoient être regardés comme des immeubles ; & Hevin, *chap.* 127, de ſes Arrêts, obſerve que dans la Coutume de Bretagne, tels meubles précieux ſuivent les eſtocs & lignes quand on les connoît, & il cite différents Arrêts pour les maiſons de Rohan, de Laval, de Nantouillet, d'Anglure, de Chabot, de Créquy & autres.

Dupineau, ſur Anjou, *art.* 352, penſe le contraire. » Nous » n'avons point, dit-il, reçu par l'uſage la fiction de Féron, » ſur la Coutume de Bordeaux, *tit.* des Fiefs, *art.* 20, *col.* 1, » & de Chopin, ſur la Coutume de Paris, *liv.* 1, *tit.* 1, *n.* 2

» *& n.* 32, où ils diſent que les meubles précieux ſont réputés » régis par même droit que les immeubles : car il n'y a, ni » Loix, ni Coutume qui ait ſtatué cela, s'agît-il de la perle » précieuſe de Cléopatre ; la ſeule Coutume d'Amiens, *art.* » 64, interdit aux mineurs la diſpoſition des meubles qui leur » ſont échus de leurs ancêtres ; mais régulièrement tous meu- » bles, pendant qu'ils ſont en corps & en nature de meubles, » & qu'ils ſont cenſés & réputés par eux-mêmes, perſiſtent » dans leur nature ».

Cependant dans les grandes maiſons il eſt des choſes mobiliaires en elles-mêmes, mais qui ſont ſi rares, ſi précieuſes, ſi difficiles à raſſembler, & qui coutent de ſi grands frais, que volontiers on les regarde comme ſubſtitués, du moins dans le cas de diſpoſitions teſtamentaires. Outre la Coutume d'Amiens, nous avons encore celle de Châlons, *art.* 73.

Mais encore que les meubles de Droit commun, ſuivent la Loi du domicile, cette maxime ceſſe, quand ils ſe trouvent attachés à des fonds, ou que l'homme par une deſtination permiſe & autoriſée, en a attaché le ſort à une Loi immuable & invariable ; c'eſt ce que dit Dupineau, à la ſuite de ce que nous venons de citer de lui : les meubles, dit-il, ſont meubles ; ſinon que par application à des immeubles pour y demeurer toujours, ils y ſoient attachés, cloués, entés, enfouis, dit d'Argentré ſur la Coutume de Bretagne, *art.* 480, *gl.* 2, *n.* 2 ; ajoutez, ſinon que par la convention & deſtination, ils ne prennent la qualité d'immeubles.

En effet c'eſt une maxime que quand le meuble ſe trouve dans un lieu pour perpétuelle demeure, il eſt regardé comme faiſant partie des fonds ; c'eſt ainſi que par *l'article* 90, de la Coutume de Paris, les uſtenſiles d'Hôtel qui tiennent à fer & à cloud, ou qui ſont ſellés en plâtre, & mis pour perpétuelle demeure, ſont cenſés & réputés immeubles ; les échalats d'une vigne ſont pareillement cenſés faire partie de la vigne. *L. fund.* 17, *ff. de act. Empti*, & dans ce cas les meubles ſuivent la Loi des fonds : il faut conſulter là-deſſus d'Argentré, *loco ſupr. cit.* & quant à la deſtination de l'homme, on ne doute pas qu'un homme par une donation ou une ſubſtitution, ne puiſſe impoſer la Loi à certains meubles, & les faire régir par une Loi invariable.

Ce principe général que les meubles ſuivent le domicile,

ne doit s'entendre, indiſtinctement, que des meubles vraiment meubles de leur nature : car il eſt des immeubles qui ſont dans certaines Coutumes réputés meubles, mais par fiction, comme les Cateux en Artois, & ces immeubles réels, meubles fictifs, ont leurs principes particuliers. Voyez *l'Obſervation* 33.

Ce principe général ſouffre encore une exception, lorſque le propriétaire des meubles eſſuie une condamnation de corps & de biens : car s'il eſt domicilié dans une Coutume, où en confiſquant le corps, il confiſque encore ſes biens, pour lors aux termes de la Coutume de ſon domicile, ne pouvant tranſmettre à ſes héritiers ſes meubles, ces ſortes de meubles demeurent vacants, & par la vacance ils acquierent une aſſiette dans le lieu où ils ſe trouvent actuellement, & ils appartiennent comme biens vacants aux Seigneurs de ce lieu ; la confiſcation pour crime n'ayant pas été réſervée parmi les Droits royaux & de ſouveraineté. *Quid* des actions ? Voyez *l'Obſerv. ſuivante.*

Nous avons néanmoins la Coutume de Vitry, laquelle veut en *l'art.* 17, que les meubles du condamné aient une aſſiette dans le lieu du domicile, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués. En voici les termes. » On uſe audit Bailliage, que quand » un homme ou femme ſont exécutés pour leurs démérites, le » Seigneur prend ſa ſucceſſion mobiliaire & immobiliaire, à » ſavoir les meubles, où qu'ils ſoient aſſis.

On a demandé ſi les meubles du condamné domicilié à Vitry, qui ſont en diverſes Coutumes de diſpoſitions contraires à celle-ci, appartiennent au Seigneur du domicile du condamné, ou au Seigneur en la juſtice duquel la condamnation a été prononcée, ou aux Seigneurs des lieux où les meubles ſe trouvent.

Cette queſtion eſt agitée par Durand, dernier Commentateur de cette Coutume; & cet Auteur, avec aſſez d'obſcurité, après avoir prétendu que dans les différentes Coutumes, le mot de *confiſquer* eſt pris diverſement, » activement dans les » unes, & paſſivement dans les autres, & notamment à Vitry, » où, dit-il, c'eſt le condamné qui confiſque, au lieu que dans » les autres c'eſt le Seigneur qui eſt le confiſquant, que dans » celle où le Seigneur eſt confiſquant, l'extenſion de la con» fiſcation & le pouvoir de confiſquer, eſt en la perſonne &

» en la haute juſtice de chacun Seigneur qui n'a pas droit d'at-
» tirer ce qui eſt hors de ſon territoire, & que l'extenſion ne
» dépend pas du domicile du condamné ; mais que dans celles
» où le condamné confiſque, la confiſcation a ſon extenſion en
» vertu de ſon domicile, qui attire tous les meubles, en quel-
» ques lieux qu'ils ſoient, & le mot confiſquer eſt pris paſſive-
» ment de la part du Seigneur confiſquant » & avec cette diſ-
tinction, que l'Auteur apparemment entendoit tout ſeul, il conclut que « ſi les biens & droits mobiliaires d'un domici-
» lié en la Coutume de Vitry, ſont en quelques lieux que ce
» ſoit, déclarés confiſqués, le Haut-Juſticier établi aux autres
» Coutumes, ne peut prendre les meubles qui ſe trouvent
» dans ſon territoire ; mais ils appartiennent au Haut-Juſticier
» du domicile du condamné, ainſi que ceux qui ſont dans le
» domicile.

Quoi qu'il en ſoit de la diſtinction de Durand, qui fait le fondement de ſa déciſion, j'eſtime avec lui que les meubles d'un domicilié à Vitry, en quelque part qu'ils ſoient, doivent appartenir au Seigneur du domicilié : ma raiſon eſt que, ſi le Seigneur confiſque les meubles qui ſont dans ſa Seigneurie, encore que le condamné n'y ait pas ſon domicile, il ne le fait que par un Droit particulier & une dérogation au Droit commun, qui regle les meubles par le domicile ; c'eſt ce Droit commun dont Loyſel a fait une regle dans le cas même de confiſcation. Les meubles, dit-il, appartiennent au Seigneur duquel le confiſqué eſt couchant & levant, *liv. 6, tit. 2, n. 20.* Or la Coutume de Vitry ayant ſu ſe maintenir dans le Droit commun, elle doit jouir de ce Droit, & les autres Seigneurs ne peuvent le lui conteſter, attendu ſon ancienne jouiſſance, & que les Seigneurs voiſins ne s'y ſont pas oppoſés.

Les Seigneurs à qui nous donnons la confiſcation, ſont les Seigneurs Juſticiers du lieu ; ce Droit eſt dû, *ratione Juriſdictionis, non ratione feudi.* C'eſt ce qu'Alexandre dans ſon *Conſeil 16, liv. 1*, décide préciſément, *quod mobilia cenſeantur eſſe de territorio loci, ubi reperiuntur, & ideo Fiſco illius loci confiſcantur.* Sur quoi du Molin a fait la note ſuivante, *hanc (ſententiam) tenet Alexander hîc, & eſt verior.*

Me Julien Brodeau, ſur *l'art. 12, du tit. 6*, de la Coutume de Lorraine, dit que du Molin, en ſon Commentaire manuſcrit ſur la Coutume de Paris, rapporte un Arrêt du 15 Juin

1550, par lequel il fut jugé pour Clermont en Auvergne, que quand un homme & bourgeois du Duc de Lorraine, demeurant en la terre d'un Seigneur Haut-Juſticier, eſt condamné, & ſes biens confiſqués, il n'y a que les immeubles qui appartiennent au Seigneur, & tous les meubles en quelques lieux qu'ils ſoient, ſont adjugés au Duc. Voyez le Coutumier général.

Ces principes généraux ont lieu, ſi ce n'eſt que les biens fuſſent confiſqués, *Jure quodam ſpeciali.* C'eſt ainſi que dans le crime de leze-Majeſté au premier chef, (crime que je ne prononce qu'avec horreur & tremblement,) la confiſcation eſt au profit du Roi. Voyez Me le Bret *de la Souveraineté du Roi, liv.* 3, *ch.* 15, & dans le crime de faux commis dans les Lettres de Chancellerie, la confiſcation des condamnés en appartient à M. le Chancelier, Garde des Sceaux. *Joan. Galli. quæſt.* 242 & 361, & du Molin, *hîc.* Voyez Brodeau, *art.* 183.

Il y a à l'occaſion de la confiſcation, pluſieurs cas mixtes, qui peuvent ſe rencontrer.

Si la confiſcation de corps eſt prononcée dans un lieu qui ne porte pas de confiſcation des biens, les biens ſitués ès Pays mêmes de confiſcations, ne ſeront pas confiſqués; ainſi le corps ſera confiſqué, & les biens ne le ſeront pas : Henrys, *conſult.* 7, avec les notes de Me le Bretonnier. Baſnage, *art.* 143, *pag.* 218, de l'édition de 1709, où la queſtion eſt fort bien traitée.

Si la confiſcation de corps eſt prononcée dans un Pays de confiſcation de biens, elle ne s'étend pas ſur les biens immeubles ſitués ès Pays où la confiſcation n'a point lieu; ainſi dans ce cas, la confiſcation de biens eſt reſtreinte aux Coutumes qui l'admettent, & ne s'étend pas ailleurs, encore que le corps & les biens ſoient confiſqués, & que ce corps ſoit même de Coutume de confiſcation, Baſnage, *loco cit.*

Mais à l'égard de ceux de la R. P. R. & qui après avoir fait abjuration, déclarent vouloir mourir dans ladite R. P. R. ſi leurs biens ſont ſitués en Coutume où la confiſcation n'a pas lieu, les Juges en ce cas doivent prononcer une amende qui ne peut être moindre que la valeur deſdits biens. Voyez la Déclaration du 29 Avril 1686, & celle du 30 Janvier 1700.

La confiſcation n'ayant pas lieu dans le domicile du condamné, ſes meubles, en quelques lieux qu'ils ſoient, ne ſeront confiſqués

confiſqués, encore que la condamnation ſoit prononcée dans un lieu où la confiſcation eſt de diſpoſition, & dans ce cas les meubles ſont revendiqués en quelque maniere par la Loi du domicile, & les principes généraux ont leur cours dans cette eſpece particuliere. Voyez Brodeau, *Let. R. Somm.* 31, *n.* 11.

La raiſon de toutes ces déciſions eſt que le Fiſc n'eſt jamais favorable. L'Empereur Trajan le comparoît à la rate, qui ne ſauroit s'enfler, que tous les autres membres ne ſe ſechent.

On me permettra d'ajouter ici, qu'il me ſembleroit qu'il ne devroit y avoir de confiſcation de biens, qu'autant que le procès a été fait au coupable, ſuivant les formalités de l'Ordonnance criminelle, de maniere que les biens de ceux dont le corps eſt confiſqué pour crime militaire, & par procédure pure militaire, ne ſeroient pas pour cela confiſqués : cependant voyez ſur cette queſtion, Baſnage, *art.* 143, *pag.* 217, & l'Ordonnance du 17 Janvier 1730, *art.* 6, *tom.* 2, *pag.* 146, du Code militaire, où les déſerteurs condamnés ſont réputés morts civilement après certaines formalités obſervées; mais cette Ordonnance ne décide pas la queſtion de la confiſcation. Voyez la queſtion agitée en la 27 *conſ. du* 2 *tom.* de Dupleſſis, *p.* 160.

Diſons quelque choſe du banniſſement.

Tous nos Auteurs diſtinguent avec raiſon deux ſortes de banniſſements; ſavoir, celui à temps, & celui à perpétuité.

Le banniſſement à temps peut être prononcé pour avoir lieu hors l'étendue d'une Province, d'un Parlement ou même du Royaume. Voyez l'Arrêt du 11 Août 1627, Bardet, *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 109, & il n'emporte pas de confiſcation.

Quant au banniſſement à perpétuité, nos Auteurs diſtinguent celui qui eſt hors le Royaume, & il emporte mort civile, & celui qui eſt hors d'une Province, ou de l'étendue d'un Parlement ſeulement, & il n'emporte pas mort civile. Brodeau ſur Louet, *Lett. S*, 15, *n.* 17, *& art.* 183, de la Coutume de Paris, *n.* 19, le Brun des ſucceſſions, *liv.* 1, *chap.* 2, *ſect.* 3, *diſtinct.* 2, *n.* 16, le Maître, *tit.* 8, *chap.* 5, ſur Paris, Baſnage, *art.* 143, de la Coutume de Normandie, Ricard des donations, *part.* 1, *n.* 254, Bouhier ſur Bourgogne, *to.* 2, p. 143.

L'Ordonnance de 1670, *art.* 13, *du tit.* 23, *& art.* 6, *du tit.* 26, diſtingue bien le banniſſement à temps & le banniſſement perpétuel; mais elle ne parle en aucun endroit de deux ſortes de banniſſements perpétuels, l'un hors l'étendue d'une

ſimple Province, & l'autre hors le Royaume, ce qui a fait dire à Bornier, ſur *l'art.* 13 ci-deſſus, que les bannis à perpétuité ſont bannis du Royaume.

Nous avons pluſieurs Coutumes qui donnent au banniſſement perpétuel l'effet d'opérer la confiſcation de biens, & par conſéquent la mort civile : telles ſont les Coutumes de Troyes, *art.* 133, de Melun, *art.* 9, & de Sens, *art* 25 ; mais les commentateurs l'entendent d'un banniſſement perpétuel hors le Royaume, & ils admettent en même-temps des banniſſements perpétuels hors l'étendue d'un Bailliage, d'une Province, d'un Parlement, & qui n'operent pas de mort civile.

Cette diſtinction entre les effets du banniſſement perpétuel hors d'une Province, & celui hors le Royaume ſe trouve autoriſée par pluſieurs Arrêts. Brodeau, *Lett. S*, 15, *n.* 17, en rapporte deux Arrêts, l'un du 20 Avril 1622, & l'autre du 22 Avril 1643, rendu ſur les concluſions de M. Talon, qui adopta la diſtinction. Voyez Bardet, *tom.* 1, *liv.* 1, *ch.* 94.

L'on a douté fort long-temps, ou plutôt l'on a cru que les Juges inférieurs n'avoient pas droit de prononcer des banniſſements perpétuels hors le Royaume, & Laurent Bouchel, *liv.* 1, *ch.* 41, rapporte un Arrêt, du 28 Novembre 1625, qui regle qu'il n'y a que les Juges ſouverains qui puiſſent condamner au banniſſement hors le Royaume, ſans diſtinction des cas pour leſquels nos Ordonnances prononcent cette peine.

Mais depuis on eſt revenu aux véritables principes, l'on a conſidéré que tous Juges exerçant l'autorité du Roi médiatement ou immédiatement, pouvant prononcer la peine de mort, pouvoient à plus forte raiſon condamner à de moindres peines, & par conſéquent au banniſſement perpétuel : il y en a un arrêté du Parlement de Rouen, du 22 Décembre 1612, rapporté par Baſnage, *art.* 143, de la Coutume.

En effet, comment les Juges inférieurs n'auroient-ils pas droit de prononcer le banniſſement à perpétuité hors le Royaume, dans les cas portés par les Ordonnances? ne doivent-ils pas s'y conformer? ne leur eſt-il pas enjoint expreſſément par un Arrêt de réglement des grands jours d'Auvergne, du 10 Décembre 1665, de prononcer contre les accuſés duement convaincus, ſuivant la rigueur des Ordonnances, ſans qu'ils puiſſent modérer, ni changer la peine? le Parlement de Bretagne vient encore d'en faire un Réglement.

Le même Parlement de Bretagne, dont la Province fait partie du Royaume, étoit dans l'uſage, en ſuivant une ancienne formule, apparemment plus ancienne que la réunion à la France, de ne bannir à perpétuité que hors la Bretagne, & donnoit à cette ſorte de condamnation l'effet d'une mort civile, comme étant un banniſſement hors le Royaume; mais par un Arrêt de réglement, du 29 Janvier 1749, il a ordonné que dorénavant le banniſſement hors la Province ne ſera plus prononcé, & qu'il le ſera toujours hors le Royaume, au quel cas ſeulement il emportera la mort civile du condamné; & pour ne point étendre les Droits des Juges inférieurs, & leur apprendre en même-temps ce qu'ils pouvoient en ces occaſions, il a été réglé qu'à leur égard, ils ne pourront ordonner la peine du banniſſement perpétuel hors le Royaume que dans les cas prononcés par les Ordonnances, ſans que dans les autres cas ils puiſſent bannir à perpétuité que hors de leur reſſort ſeulement, & en même-temps en ſe conformant à l'Ordonnance de 1670, il a ordonné que lorſque la Sentence prononceroit un banniſſement à perpétuité, tel qu'il fût, il y en auroit appel de Droit.

Je ne ſais pourquoi le Parlement de Bretagne s'eſt interdit le Droit de bannir hors la Province de Bretagne, comme tous les autres Parlements du Royaume font, dès qu'on ne regardera ce banniſſement que comme hors d'une Province, faiſant partie du Royaume, & en ne lui donnant que les effets des autres Parlements.

Il n'y a qu'une exception à ces maximes; elle regarde le banniſſement des filles, femmes & veuves. On ne les bannit jamais hors du Royaume, *ne verecundia ſexus lædatur*, en ſorte qu'à leur égard le banniſſement perpétuel hors d'un Parlement, emporte mort civile.

Je dirai en paſſant qu'en fait de crime, on ne prononce jamais par deux BB. blâmés & bannis; mais que l'on prononce l'un ou l'autre, parce que le banniſſement emporte par lui-même la peine du blâme.

## OBSERVATION XX.

NOTRE Auteur décide que les actions ſuivent dans les ſucceſſions, le ſort des meubles ; c'eſt-à-dire, qu'à l'inſtar des meubles, ils doivent être régis par la Loi du domicile du créancier.

En effet, on convient communément que les actions ſont inhérentes à la perſonne.

Jaſon *ad* §. 1^um^. *inſtit. de actionib.* pour marquer cette inhérence, ſe ſert d'une comparaiſon bien ſignificative à la vérité, mais peu meſurée & peu religieuſe. *Nomina infixa ſunt ejus oſſibus* (il parle de la perſonne) *ut caracter ſancti baptiſmatis inhæret baptiſato.*

Burgundus, *tract.* 2, *n.* 3, critique fort cette inhérence à la perſonne que nos Auteurs donnent aux actions. Il convient que *nomina & actiones perfictionem eſſe intelliguntur, ubi creditor habet domicilium ;* mais il ne veut pas de ces expreſſions, *adhærent oſſibus*, qu'il croit être très-impropres, & comme ſi l'on diſoit *dominium feudi eſſe in proprietario.*

Quoi qu'il en ſoit, il convient que *nomina & actiones exiſtere dicuntur ubi fixit domicilium creditor.*

Cette maxime générale eſt tellement vraie, qu'encore que dans le cas de confiſcation, on donne aux meubles une ſorte d'aſſiette dans le lieu où ils ſe trouvent, les actions, à leur égard, ne ſuivent d'autres Loix que celle du domicile du créancier condamné.

Quelque véritable que ſoit cette maxime, je trouve cependant dans les queſtions notables du droit, recueillies par M. Dolive, *liv.* 5, *ch.* 33, qu'elle ne fut pas admiſe dans l'eſpece ſuivante.

Par la Coutume de Toulouſe, la mere eſt excluſe de la ſucceſſion légitime de ſon fils, quant aux biens qui ſont aſſis dans le Gardiage.

La ſucceſſion du fils demeurant à Toulouſe, étoit compoſée de dettes actives.

Quelques-unes de ces dettes actives étoient dûes par des perſonnes reſſéantes dans le Gardiage, & les autres hors du Gardiage.

La queſtion fut, s'il falloit régler les dettes actives par le domicile des débiteurs, dont pluſieurs demeuroient hors du Gardiage, ou par la Loi qui avoit lieu à Toulouſe, domicile du fils créancier, & l'on décida pour la Loi des débiteurs, en ſorte que la mere fut excluſe des dettes dûes par les débiteurs domiciliés en Gardiage, & les autres lui furent adjugées, parce que les débiteurs étoient domiciliés hors du Gardiage.

La raiſon qu'en apporte M. Dolive, eſt que, ſuivant l'axiome des Philoſophes, le mouvement & l'action prennent leur forme & leur eſſence du terme où ils tendent & aboutiſſent; que delà il s'enſuit que c'eſt par le domicile du débiteur que les dettes actives doivent être réglées, vu que, ſuivant le Droit, le débiteur eſt le terme de l'action civile, & que le créancier pourſuivant l'effet de ſon obligation & le paiement de ſon dû, eſt obligé de ſuivre la Cour & la Juriſdiction du débiteur. Cet Auteur rapporte pluſieurs Arrêts ſemblables, l'un de 1574, l'autre de 1609, & un dernier de 1637.

Il faut convenir néanmoins que la maxime contraire a univerſellement prévalu; mais il ne faut pas entendre cette maxime de toutes ſortes d'actions. Elle eſt vraie, 1°, par rapport à celles dont l'objet eſt mobilier, *actio quæ tendit ad mobile, mobilis eſt*, & les choſes mobiliaires ſuivent le domicile.

C'eſt ainſi que dans la Coutume de Paris, *art.* 89, cédulles & obligations faites pour ſommes de deniers, marchandiſes, ou autres choſes mobiliaires, ſont cenſées & réputées meubles.

J'obſerverai en paſſant, que cet article ne s'entend pas de maniere que les obligations ne ſoient mobiliaires, qu'autant que les choſes qui y ont donné lieu, ſont mobiliaires, mais qu'il doit être entendu *objectivè*, en ce que l'objet & la fin deſdites obligations ſont purement mobiliaires. Ainſi le prix d'une maiſon dûe par obligation, conſidéré du côté de la choſe qui a donné lieu à l'obligation, ſeroit immobiliaire; mais du côté de l'objet & de la fin de l'obligation, par où il faut l'enviſager, elle eſt mobiliaire.

2°. La maxime générale eſt encore vraie par rapport aux actions pures perſonnelles, ſoit qu'elles aient pour objet une dette mobiliaire à une fois payer, ſoit qu'elles aient pour objet une rente volante & conſtituée à prix d'argent, & ce encore qu'à ces actions fuſſent attachés des droits d'hypotheque; mais il

en ſeroit autrement par rapport aux actions dont l'objet eſt un fonds de terre ; car ces actions ſuivent la Loi du fonds qui en eſt l'objet.

Cette diſtinction eſt écrite dans Me Ch. du Molin, au *C. de ſumma Trinit. de ſtatutis. Aut ſtatutum diſponit de præſcriptione, vel uſucapione rerum corporalium, ſivè mobilium, ſivè immobilium, & tunc indiſtinctè inſpicitur locus ubi res eſt; idem in rebus ſivè Juribus incorporalibus limitatis ad res corporales, ſivè quatenus ad illas res limitantur : ſecus ſi de Juribus, vel actionibus perſonalibus, ſivè momentaneis, ſivè annuis perſonæ adhærentibus, id eſt non limitatis ad certas res, etiam ſi illis actionibus adhæreat hypotheca generalis, vel acceſſoria rerum corporalium.*

C'eſt pourquoi un homme décede & laiſſe une action pour revendiquer un fonds dont quelqu'un s'eſt emparé.

Il laiſſe une action intentée en retrait lignager, une action en partage d'un fonds.

Dans tous ces cas l'action appartiendra à celui à qui les fonds pourroient appartenir. Il y en a une déciſion préciſe dans les Loix. *Qui actionem habet, ipſam rem habere intelligitur.*

Auſſi décide-t-on dans la Coutume de Paris, que ſi un pere de famille poſſede un Fief aliéné du Domaine du Roi, comme il eſt perpétuellement rachetable, & que l'aliénation n'eſt qu'une oppignération & un engagement qui ne donne droit qu'à la perception des fruits, il ſe partage roturiérement entre les héritiers, ſuivant l'Arrêt du 21 Juin 1721, rendu en la Grand'Chambre, au Rapport de M. de Vrévin, dans la ſucceſſion du ſieur Deſcoyeux, d'Angoumois.

Par le même principe, ſi un pere de famille a acquis un Fief, pour raiſon duquel le vendeur s'eſt réſervé une faculté de réméré, le Fief ne ſe partage avec droit d'aîneſſe dans la ſucceſſion de l'acquéreur, que par *interim*, juſqu'à ce que l'action ſoit, ou preſcrite, ou exercée depuis le décès du pere. Les deniers qui en proviennent ſe diſtribuent ſans droits d'aîneſſe. Arrêt du 2 Août 1698, rendu en la Chambre, au Rapport de M. l'Abbé de Vienne, départi de la cinquieme.

Que ſi au lieu que c'eſt le pere de famille qui a acquis avec faculté de réméré, on ſuppoſoit que c'eſt lui qui a aliéné un Fief avec cette même faculté de réméré, & que les enfants vouluſſent exercer le réméré, chacun d'eux dans cette eſpece

aura la portion qu'il auroit eue dans le Fief, ſi le pere ne l'avoit pas vendu.

Il en faut dire de même, ſi le pere avoit vendu un Fief, & que les enfants ſe fuſſent fait reſtituer contre la vente, pour cauſe de léſion. La raiſon en eſt dans tous ces cas, que la réſolution ſe fait, *ex antiqua cauſa*, & que par le moyen de cette réſolution, le Fief eſt préſumé n'avoir jamais été acquis, quand c'eſt le pere qui a acquis, ni avoir été vendu, quand c'eſt le pere qui a vendu ; mais dans tous les cas où la rentrée dans le fonds, eſt volontaire & onéreuſe, chacun des enfants n'eſt obligé de contribuer au prix qui eſt à payer, qu'au prorata de ce qui lui revient dans le fonds.

Outre l'autorité de du Molin, que nous avons rapportée ci-deſſus, pour montrer que les actions ſuivent la nature des objets qu'elles pourſuivent, & qu'elles ſont immobiliaires, quand leur objet tend à un immeuble, je trouve que Burgundus, *tract.* 2, *tit. quo loco nomina*, *n.* 28, a dit la même choſe. *Cæterum nomina & actiones ipſius rei quæ debetur, conditionem, naturamque induunt, & inter immobilia reponuntur. Nam & in erciſcunda familia non dividuntur inter hæredes, & ſuperſtitem, tanquam res mobiles : ſed ad ejus partes lineamque tranſeunt cujus ſunt res ſoli. Sed & retractus gentilitius ad ea porrigitur ; & in publicatione bonorum, ad eum ſpectant qui imperium exercet in territorio, ubi ſitus eſt fundus.* Voyez Tiraqueau *de Jure primogen. quæſt.* 49, *n.* 9.

Mais quand les actions purement incorporelles ſont regardées dans un lieu comme mobiliaires, & dans un autre comme immobiliaires, quelle Loi faut-il ſuivre pour en fixer la nature ? & à cet égard on diſtingue. Eſt-ce l'action conſidérée activement, & en la perſonne du créancier, ou l'action conſidérée paſſivement, & en tant qu'elle intéreſſe le débiteur ?

### *Actions conſidérées activement.*

Quant à l'action conſidérée du côté du créancier, il faut, généralement parlant, ſuivre la Loi du domicile du créancier.

Par exemple, l'action qu'une femme mariée dans la Coutume de Normandie, & qui y a toujours demeuré, peut avoir pour le remploi de ſes propres aliénés, ſera en la perſonne de la femme, réputée immobiliaire, parce que, ſuivant l'eſprit de

*l'art.* 511 de la Coutume de ſon domicile, telles actions ſont conſidérées comme ayant pour objet & pour fin un fonds & une ſubſtance pareille à celle qui a été aliénée; en ſorte que l'action pour le remploi des propres, eſt repréſentative des propres. Baſnage, *art.* 408, *pag.* 143. Voyez M. Froland, *ch.* 4 de ſes Mémoires, ſur le Sénatuſconſulte Velleien, *part.* 2.

Il en eſt de même en Bretagne, l'action de récompenſe y eſt immobiliaire; elle ne tombe pas dans une ſeconde Communauté, elle ne ſe confond pas par la confuſion des deux hérédités. Voyez les annotations de Hévin, ſur le *ch.* 127, des Arrêts de Frain.

Je dis que cette action eſt immobiliaire en Normandie, en Bretagne, &c. pour une femme qui y eſt mariée, & y eſt domiciliée : car ſi, par exemple, elle étoit mariée & domiciliée à Paris, où telle action eſt réputée mobiliaire, il n'y a pas de difficulté qu'elle en pourra diſpoſer comme d'une choſe mobiliaire, fut elle-même à prendre ſur les biens de Normandie, parce que la nature des actions ſe meſure par la Loi du domicile de celui en qui elles réſident, & non par les hypotheques qui font bien la ſureté de l'action, mais qui n'en déterminent pas la qualité.

Voici l'eſpece qui a été jugée en la Coutume de Bretagne.

Le 24 Janvier 1712, contrat de mariage entre le Préſident de la Chenardiere & Marie-Claire-Paulus du Fonteny.

La Demoiſelle Paulus du Fonteny apporta en dot la ſomme de 110000 livres, tant en avancement d'hoirie ſur la ſucceſſion future de Paulus du Fonteny ſon pere, que ſur celle de la feue Dame le Tourneux ſa mere.

De cette ſomme il en entra en Communauté celle de 10000 livres, & à l'égard des 100000 livres reſtants, il y eut ſtipulation, que cette ſomme demeureroit dès à préſent & à toujours le propre & patrimoine de la future épouſe, & des ſiens, hoirs & ayant cauſe en ſes eſtoc & ligne.

De ce mariage eſt iſſue une fille, qui, comme on le dira ci-après, a épouſé par la ſuite le ſieur Comte de Dromeny.

Le 4 Octobre 1713, décès de Marie-Claire-Paulus de Fonteny. Le ſieur de la Chenardiere, fut élu Tuteur de ſa fille mineure, laquelle ne fut émancipée que le 3 Octobre 1729.

Le 3 Février 1731, M. de la Chenardiere pour le remplacement des deniers dotaux de la feue Dame ſon épouſe, abandonna

donna à la Demoiſelle de la Chenardiere, 1°. une créance de 590413 livres 13 ſols 5 deniers, qu'il avoit à exercer ſur le ſieur Nicolas Ballet de la Chenardiere ſon pere.

2°. Sa charge de Préſident des Comptes, & deux maiſons qu'il avoit à Nantes.

Depuis cet abandonnement, la ſucceſſion du ſieur de Montarant, oncle du ſieur de la Chenardiere, lui étant échue, il en céda la dixieme partie à ſa fille par tranſaction de 1737.

En 1739, la Demoiſelle de la Chenardiere, lors pleinement majeure, épouſa François-Gabriel d'Alincourt, Comte de Dromeny, & elle lui apporta en dot des rentes montant en principaux à 259000 livres, & les deux maiſons de Nantes, avec la charge de Préſident des Comptes, & les autres effets à elle tranſportés par le compte rendu le 28 Août 1737, & ratifié le 25 Mars 1739.

Par ſon contrat de mariage, il fut dit entre autres choſes, que la future venant à décéder ſans enfants, ſa miſe de 50000 livres en communauté reſteroit au Comte de Dromeny.

Au mois de Janvier 1742, la Comteſſe de Dromeny eſt effectivement décédée à Paris, mariée & domiciliée à Paris, ſans enfants, & a laiſſé pour ſes héritiers M. de la Chenardiere ſon pere, & d'un autre côté des parents maternels.

Mais pendant le mariage, il avoit été vendu par la Comteſſe de Dromeny la charge de Préſident de la Chambre des Comptes, & l'Acquéreur ſe conſtitua débiteur d'une rente pour le prix de ſon acquiſition.

Le ſieur de la Chenardiere, héritier des meubles & acquêts de ſa fille, demanda contre le ſieur de Dromeny qu'il eût à lui payer les deniers dotaux & autres effets qu'elle lui avoit apportés en mariage, & en même-temps il fit aſſigner les héritiers maternels, à ce qu'il fût procédé à la liquidation, partage & diſtribution des biens de la Comteſſe de Dromeny, ainſi qu'à la contribution à ſes dettes, aux legs & diſpoſitions teſtamentaires qu'elle avoit faites, & leur dénonça enſuite une demande contre lui formée de la part des Adminiſtrateurs de l'Hôtel-Dieu de Nantes, afin de paiement d'une ſomme de 8000 livres due audit Hôtel-Dieu, par la Dame de Dromeny, & conclut à ce que leſdits héritiers maternels fuſſent tenus de contribuer au paiement de ladite ſomme.

En 1743, M. de la Chenardiere décéda, & laiſſa d'un ſecond

mariage des enfants mineurs, qui, à la Requête de leur Tuteur, demanderent que les concluſions formées par le ſieur de la Chenardiere, leur fuſſent adjugées.

Les Parties furent renvoyées pardevant le Commiſſaire Rouſſelot, pour régler le partage de la Dame de Dromeny: c'eſt dans le cours des opérations de ce partage, que les héritiers maternels demanderent contre le Tuteur des enfants du ſieur de la Chenardiere, que les maiſons, la rente créée pour le prix de ſa charge de Préſident des Comptes, & la dixieme partie de la ſucceſſion du ſieur de Montarant que la Comteſſe de Dromeny avoit laiſſée en mourant, leur fuſſent adjugés comme propres maternels, en conſéquence de la ſtipulation de propres appoſée à la dot de Marie-Claire-Paulus de Fonteny.

De la part des enfants mineurs du ſieur de la Chenardiere, on a prétendu que ces effets étoient de ſimples acquêts auxquels avoit ſuccédé le ſieur de la Chenardiere pere de la défunte, & qu'il leur avoit tranſmis à eux, comme enfants de ſon ſecond lit.

Sur ces demandes les Parties ayant été appointées au Châtelet, il eſt depuis intervenu Sentence le..... Juin 1758, qui a adjugé aux héritiers maternels deux maiſons ſituées à Nantes, & autres biens réels ſitués dans la Province de Bretagne, & le ſurplus aux enfants repréſentant leur pere héritier des meubles & acquêts : M. de Farcy avoit été dans le principe chargé du rapport; mais étant décédé, l'affaire fut rediſtribuée à M. Pitois, Conſeiller, qui en a fait le rapport.

Les moyens des enfants du deuxieme lit du ſieur de la Chenardiere, étoient que la dot de la Dame Marie-Claire-Paulus de Fonteny, ne conſiſtoit qu'en une ſomme d'argent purement mobiliaire; que le ſieur de la Chenardiere qui avoit reçu cette dot en deniers, s'en étoit acquitté par le paiement qu'il avoit fait à la Dame de Dromeny ſa fille, en pleine majorité, & que les fonds reçus en paiement de ladite dot, étoient par conſéquent des acquêts en la perſonne de la Dame de Dromeny, dont le ſieur de la Chenardiere ſon pere, étoit héritier, & l'on citoit à cet égard l'autorité de M. de la Bigotiere, Préſident aux Enquêtes du Parlement de Bretagne, dans ſes Obſervations Sommaires, ſur l'article 427 de la Coutume de Bretagne.

A ces moyens & à cette autorité on répondoit que Me Pierre Hévin, en ſes annotations, ſur le 127 Arrêt du Parlement de Bretagne, avoit penſé tout le contraire.

Dans cette contrariété d'opinions les parents maternels de la Dame de Dromeny, obtinrent un acte de notoriété d'un grand nombre d'Avocats du Parlement de Bretagne, & auquel le premier Avocat-Général ſouſcrivit & adhéra, lequel acte de notoriété fit la déciſion de la conteſtation : il eſt conçu en ces termes :

*Acte de notoriété.*

Les anciens Avocats du Parlement de Bretagne, atteſtent qu'il eſt de maxime dans la Province de Bretagne, que le prix qui eſt dû à titre de conſtitution par l'Acquéreur de l'immeuble d'un mineur, tient lieu de propres à ce mineur, & dans le même côté & ligne d'où procédoit l'immeuble vendu, & qu'il en eſt de même des fonds donnés à un mineur pour un remploi de deniers dotaux ou autres aliénés de ſa mere, & qu'ils conſervent cette même qualité, non-ſeulement pendant qu'il eſt mineur, mais même après ſa majorité, laquelle ſurvenant ne peut changer de nature, ſoit au prix de l'immeuble vendu appartenant aux mineurs, ſoit aux biens qui lui ont été donnés pour remploi, pendant la minorité ; délibéré au Parquet à Rennes, ce 28 Avril 1758.

Cet acte eſt ſigné d'un grand nombre d'Avocats, & finit ainſi.

Nous Me Louis-François-Réné du Parc-Poré, Seigneur de Chaudebœuf & autres lieux, Conſeiller du Roi en ſes Conſeils, & ſon premier Avocat-Général en ſon Parlement de Bretagne, certifions que les ſignatures..... ſont celles des plus anciens Avocats poſtulants au Barreau, & que la maxime eſt telle qu'ils l'ont atteſté ; fait au Parquet, à Rennes, le 29 Avril 1758, *ſigné* du Parc-Poré.

Mais ſi la femme changeoit de domicile, je dis dans cette eſpece que dans ſa ſucceſſion, l'action aura laqualité de meuble ou d'immeuble, que lui donne la Loi du domicile au jour du décès ; mais que vis-à-vis le mari, ou ſes héritiers, elle conſervera en ce qui regarde leurs conventions, la nature qu'elle avoit par la Loi du domicile matrimonial. Je paſſe à l'eſpece ſuivante.

Une fille & un garçon domiciliés à Paris, y contractent mariage; la fille apporte une dot en deniers, que ſes pere & mere lui ont fournie, dont le tiers entre en la communauté, & les deux autres tiers ſont ſtipulés propres à elle & aux ſiens de ſon côté & ligne, & c'eſt la maniere ordinaire de contracter à Paris.

Ils continuent leur domicile à Paris pendant grand nombre d'années, ils transferent enſuite quelques années avant le décès de l'un d'eux, leur domicile en Normandie. La femme meurt la premiere, & laiſſe un ſeul fils majeur, qui n'exige aucun compte de ſon pere.

Le pere meurt toujours domicilié en Normandie, & le fils ſe trouve héritier pur & ſimple de ſes pere & mere.

Ce fils décede depuis, auſſi domicilié en Normandie, & ne laiſſe que des Collatéraux, tant paternels, que maternels.

Queſtion de ſavoir ſi dans la ſucceſſion du fils décédé majeur, la dot que ſa mere a apportée en mariage contracté à Paris, dans le temps qu'elle & ſon mari y étoient domiciliés, doit retourner aux parents maternels, conformément à la Coutume de Normandie, domicile du fils & de la mere au jour de leur décès, ou ſi cette dot doit être régie conformément à la Coutume de Paris, dans la ſucceſſion même du fils.

Pour l'éclairciſſement de cette queſtion, il faut obſerver que dans la Coutume de Paris, la dot en deniers d'une fille eſt meuble de ſa nature, encore qu'elle provienne des pere & mere, & elle conſerve cette qualité de meubles, ſi les Parties n'en ont pas diſpoſé autrement par le contrat de mariage : car s'il y a convention, on la répute immeuble propre, pour les cas ſeulement exprimés dans la convention.

J'ai expliqué en *l'Obſervation* 35, l'effet de ces ſortes de fictions, & il eſt ſeulement néceſſaire d'obſerver ici, que, ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Paris, elles s'éteignent en différentes manieres, & entre autres par la concurrence des deux qualités d'héritier & de débiteur, qui ſe rencontrent en un fils majeur héritier de ſes pere & mere.

En Normandie, au contraire, deniers donnés pour mariage des filles ſont toujours regardés comme immeubles & propres, & ſuivent le côté & ligne, quand ils ſont donnés par pere & mere, aïeul ou autre aſcendant, ou quand ils ſont donnés par les freres, & deſtinés pour être la dot de leur

ſœur : cette qualité d'immobiliaire & propre, ne finit que quand la dot a parcouru deux dégrés de ſucceſſion, & il ne ſe fait aucune confuſion, encore que le fils devienne héritier de ſes pere & mere..... c'eſt-à-dire, que le fils qui l'a priſe dans la ſucceſſion de ſa mere comme immeuble, la rend au petit-fils dans la même nature ; mais à l'égard du petit-fils, & dans ſa ſucceſſion, elle perd la qualité d'immeuble, *ne daretur progreſſus in infinitum.*

Cela préſuppoſé, pour ne point confondre les objets ſur la queſtion qui ſe préſente, il eſt néceſſaire de diſtinguer d'une part les intérêts de la femme & de ſes héritiers vis-à-vis ſon mari, & d'autre part les intérêts des héritiers de la femme entre eux & dans ſa ſucceſſion, parce que ces différents regards peuvent opérer différents effets.

Il eſt ſans difficulté que les intérêts de la femme ou de ſes héritiers, vis-à-vis du mari, & des héritiers du mari, ne peuvent point changer par le changement de domicile. Sa dot doit ſe régler par les mêmes opérations, qu'elle devroit l'être le lendemain du mariage, s'il y avoit eu diſſolution, en ſorte qu'entre les conjoints & leurs héritiers, elle a conſervé la même nature qu'elle avoit par le contrat de mariage.

La raiſon en eſt que les conjoints ne peuvent, depuis leur mariage, rien changer dans leurs conventions, ſoit expreſſes, ſoit tacites. Ils ſont, quant à ce, au bout de quarante ans, ce qu'ils étoient au bout d'un jour de mariage, parce que leurs conventions expreſſes, ou tacites, ſont invariables ; mais s'ils n'y peuvent pas déroger, fût-ce par des conventions contraires, quelque expreſſes qu'elles ſoient, ils n'y peuvent pas, à plus forte raiſon, déroger par un ſimple changement de domicile qui n'emporte pas même de droit, une préſomption de volonté contraire ; ainſi la femme domiciliée à Paris, & mariée ſuivant la Coutume de Paris, ne reconnoît & ne doit reconnoître pour la liquidation de ſa dot, & pour en déterminer la nature vis-à-vis ſon mari & ſes héritiers, d'autres Loix que celles de Paris, & celles que les conjoints ſe ſont impoſées en ſe mariant, quelque changement de domicile qui puiſſe ſurvenir.

Mais en faut-il dire de même de la dot de la femme, conſidérée dans ſa ſucceſſion & dans celle de ſes enfants, & hors l'intérêt de ſon mari & de ſes héritiers ?

Il paroît qu'en Normandie la dot y eſt toujours immeuble; mais tantôt elle y eſt immeuble acquêt, & tantôt immeuble propre. C'eſt la diſpoſition de *l'art.* 511 de la Coutume de Normandie.

On ne peut pas ſe refuſer à dire que le changement de domicile change entiérement la nature de nos actions, & le partage des biens attachés à la perſonne, qui n'ont d'autres Loix que celles de la perſonne.

Un homme eſt domicilié à Paris; il recueille par ſucceſſion des rentes conſtituées ſur Particuliers, au profit du défunt auſſi domicilié à Paris. Ces rentes lui ſont propres de ſucceſſion, & elles ſe partagent comme telles dans ſa ſucceſſion; mais cet homme transfere ſon domicile à Troyes; ces rentes propres deviennent meubles dès ce moment, & ſeront partagées comme meubles dans ſa ſucceſſion. *Vice verſâ*, cet homme a recueilli, étant domicilié à Troyes, des rentes conſtituées ſur Particuliers, au profit d'un domicilié à Troyes; il n'y a pas de difficulté qu'il les a recueillies comme meubles; mais il vient demeurer à Paris, ces rentes deviennent immeubles.

Un homme eſt domicilié dans une Coutume où le double lien a lieu même pour les meubles: s'il y meurt domicilié, ſes meubles ſeront partagés ſuivant cette Coutume; s'il décede domicilié dans une Coutume contraire, ſes meubles ſuivront cette nouvelle Coutume.

Il eſt donc de principe que dans les ſucceſſions, nos meubles & nos actions ſuivent la Loi du domicile mortuaire, & que telle action qui eſt aujourd'hui mobiliaire, peut devenir demain immobiliaire par un changement de domicile.

Ainſi la dot de la fille mariée à Paris, qui a transféré ſon domicile en Normandie, eſt devenue, dès ce moment, une dot immobiliaire.

Mais eſt-elle devenue immeuble propre à la fille, ou immeuble acquêt? Voilà le point de la difficulté.

Dans la Coutume de Normandie, la dot immobiliaire eſt propre, quand elle provient des pere & mere, &c.

Or la dot dont eſt queſtion provient des pere & mere de la fille dotée; d'où il ſembleroit néceſſaire de conclure qu'elle eſt devenue non-ſeulement immeuble, mais immeuble propre.

Cependant j'eſtimerois le contraire: la fille dotée à Paris par ſes pere & mere, reçoit bien la dot en avancement d'hoirie,

mais elle la reçoit comme un meuble; ce n'eſt que par le changement de domicile qu'elle devient immeuble; mais cette converſion de meuble en immeuble, ne peut jamais former qu'un acquêt.

C'eſt ainſi que la rente reçue comme meuble de la ſucceſſion d'un pere domicilié à Troyes, devient, à la vérité, immeuble dans la ſucceſſion du fils domicilié à Paris, mais immeuble acquêt, parce que dans le principe elle n'étoit qu'un meuble, qu'elle n'a été recueillie que comme meuble, & que la qualité d'immeuble qu'elle acquiert par le changement de Propriétaire, ne lui ſurvient que depuis qu'elle eſt échue comme meuble.

Il en faut dire de même de la dot fournie en deniers par des pere & mere domiciliés à Paris : la fille la reçoit comme dot mobiliaire; elle n'acquiert la qualité d'immeuble, que par le changement de domicile; mais ſi elle devient immeuble, elle ne ſauroit devenir immeuble propre, parce qu'elle n'a pas été affectée de cette qualité dans le principe.

Il eſt vrai que c'eſt une dot fournie par les pere & mere; mais c'eſt une dot Pariſienne, formée de deniers Pariſiens. Or pour être dot Normande, il faudroit qu'elle eût été formée de deniers Normands; c'eſt-à-dire, que les pere & mere qui ont doté, euſſent été domiciliés en Normandie; parce que c'eſt dans le moment que la dot eſt donnée par les pere & mere, qu'elle eſt affectée, & de la qualité d'immeuble, & de la qualité de propre, & reçue comme immeuble propre. Au lieu que quand elle eſt donnée comme meuble, & reçue comme meuble, elle peut bien acquérir la qualité d'immeuble par un changement de domicile, parce que telle eſt l'autorité de la Loi qui commence à la régir, mais ayant été reçue comme meuble dans le principe, elle ne ſauroit être immeuble propre.

Ainſi la dot Pariſienne devient bien un effet Normand, mais non pas une dot Normande, & je compare cette converſion de meuble en immeuble, à une acquiſition qu'auroit fait la fille, d'un immeuble en Normandie de deniers Pariſiens. Ce ſeroit un immeuble, mais non pas un immeuble propre.

Au ſurplus comme cet immeuble n'eſt qu'un immeuble fictif, la fiction, quant à ce, doit ceſſer, ainſi & de la maniere que la Loi qui fait la fiction, l'ordonne.

Or dans la Coutume de Normandie, l'immeuble fictif ac-

quêt ne suit pas le côté & ligne, & s'éteint aussi-tôt qu'il a passé en d'autres mains.

Ainsi dans l'espece proposée, si on consulte la Loi Normande, il y a extinction de l'immeuble fictif dans la personne du fils qui l'a pris dans la succession de sa mere, comme acquêt; & si on consulte la Loi Parisienne, il y a extinction de la fiction, par la concurrence des deux qualités d'héritier de ses pere & mere, dans la personne du fils majeur.

### *Actions considérées passivement.*

Nous en avons assez dit pour faire connoître que ces actions dont nous parlons, sont considérées activement dans la personne du créancier. C'est sous ce regard que quand elles ont pour objet une chose mobiliaire, ou une chose incorporelle, on suit la Loi du domicile; mais il faut raisonner autrement, quand les actions sont considérées passivement, c'est-à-dire, dans la personne du débiteur.

En effet il y a des occasions où on doit les considérer de cette maniere. M^e Ch. du Molin, *art.* 252, de la Coutume du Maine, nous en donne un exemple; dans cette Coutume celui qui succede aux meubles, est obligé de payer les arrérages des rentes. M. Ch. du Molin observe que la Coutume ne dit pas la rente en soi. Sur cela il forme une espece, *sed quid, si quis Andibus vel hîc constituit reditum ad rationem duodecimæ, unà cum titio fidejussore qui se simul ut principalem obligat, cui promittit infra tres annos redimere; interim moritur, relicto quodam hærede mobilium contra quem Titius agit ad redimendum: excipitur quod non est debitum mobiliare; contrarium respondi, tum quia talis reditus sui naturâ mobilis est, ut dixi, in consuetudine Parisiensi,* §. 57, *tum quia, etiamsi reputetur immobilis, tamen inter Titium, & hæredem debitoris, non est nisi obligatio ad mobile semel solvendum, quamvis videatur obligatio faciendi magis quàm dandi, ut dixi in tractat. Divid. & individ. quò remitto; hæc procedunt, etiamsi Titius esset civis Parisiensis, quia debet attendi domicilium principalis debitoris.* Voyez d'Argentré, *art.* 219, *gloss.* 5, *n.* 5.

Pour l'établissement de cette proposition, qui est qu'il est des occasions où on doit envisager les actions par leur passif, nous allons transcrire ce que nous trouvons dans une des Consultations

ſultations qui ont été inſérées au ſecond volume des Œuvres de Dupleſſis, *page* 789 : elle eſt d'une main habile.

» Il eſt indiſpenſable dans une dette de conſidérer l'actif & » le paſſif. L'actif eſt un bien & un fonds en la perſonne du » créancier, & dans ſa famille ; & le paſſif au contraire eſt une » charge ; c'eſt-à-dire, la privation d'un bien en la perſonne du » débiteur, & dans ſa famille ; & comme ces deux choſes ſont » d'une nature toute diverſe & abſolument oppoſée, il ne faut » pas auſſi s'étonner, ſi elles ont des regles différentes, & ſi elles » ſont ſuſceptibles de Loix diverſes ; en un mot, la maxime » eſt conſtante, qu'à l'égard de l'actif, il ſe regle ſuivant la Cou- » tume du domicile du créancier.

» L'actif, ſelon la maxime générale dans les Coutumes où il » n'y a point de diſpoſition contraire, ſe regle par la Coutume » du domicile du créancier, parce que, comme c'eſt un bien » qui réſide en ſes mains, & qui n'a pas d'autre ſituation que » ſa perſonne & ſa maiſon dont il accroît les facultés, on ne » peut auſſi lui donner d'autres Loix que celles de ce créancier & » de ſon domicile, qui eſt en effet ce qui eſt appellé en Droit, » *ſedes fortunarum.*

» Et au contraire le paſſif eſt une charge ſur la perſonne du » débiteur & ſur ſes biens, qui ne ſe conſidere, & ne fait ſa » fonction en cette qualité de charge, que dans le lieu où elle » s'exécute : cela fait qu'elle ne ſe regle auſſi que par la Loi de » ce lieu, où ſes héritiers les exercent ; c'eſt-à-dire, par la Cou- » tume où le débiteur eſt demeurant, ou ſes biens.

» En effet, quand il ne s'agit aucunement de l'intérêt du » créancier, mais ſeulement de celui des héritiers du débi- » teur, pour ſavoir ceux qui ſont obligés d'acquitter une dette » en tout, ou partie à la charge des autres, quelle raiſon y au- » roit-il que les héritiers du débiteur fuſſent obligés d'aller » chercher le domicile du créancier dans une autre Coutume » où le débiteur n'étoit point demeurant, & où il n'avoit au- » cuns biens ? ont-ils d'autres Coutumes à conſidérer que celle » où la ſucceſſion du débiteur, dont il s'agit, eſt ouverte, & » où ſes biens ſont ſitués, c'eſt-à-dire, où la charge dont il » s'agit entre eux, doit s'exécuter en cette qualité de char- » ge, & nullement ailleurs ?

» Si les héritiers du créancier ſuivent de leur part la Cou- » tume de ſon domicile, pour régler entre eux la ſucceſſion &

» le partage de cette dette qui leur appartient, & toutes les » fonctions qu'elle fait en qualité d'effet actif, cela ne peut » faire aucune conſéquence, parce que, encore un coup, c'eſt » une choſe tout-à-fait différente, & que c'eſt un bien & un » fonds dont il s'agit entre eux; au lieu que c'eſt une autre » charge dont il eſt queſtion entre les héritiers du débiteur, » & que dans les regles les choſes contraires ne peuvent pas » produire des effets ſemblables.

» Mais pour juſtifier cette propoſition que le paſſif ſe regle » ſuivant la Coutume du lieu, où il doit s'executer, il y a qua- » tre ou cinq exemples qui perſuadent invinciblement cette » vérité.

» Premiérement, quand une rente eſt conſtituée au profit » d'un bourgeois de la Ville de Troyes, où les rentes ſont » meubles, & que le débiteur eſt demeurant à Paris, & a tous » ſes biens ſitués dans la Coutume de Paris ou dans une autre, » où les rentes ſont immeubles comme au Pays du Maine, ou » en Normandie, en ce cas il eſt certain que l'actif de cette » rente ſera réglé comme pur meuble en la perſonne du créan- » cier & entre ſes héritiers, puiſqu'ils ſont demeurants dans » une Coutume où les rentes ſont meubles; mais à l'égard du » paſſif, il n'y a pas de doute qu'elle ſera regardée comme une » pure charge immobiliaire en la perſonne du débiteur & en- » tre ſes héritiers, puiſqu'ils ont leurs dûs & leurs biens en des » Coutumes où les rentes ſont immeubles; comme, par exem- » ple, ſi un bourgeois de Paris, qui doit une rente de cette » qualité, vient à ſe marier, on ne pourra pas prétendre que » cette rente due avant ſon mariage, ſera tombée dans » la communauté comme mobiliaire, en conſéquence de ce » qu'elle eſt due à un créancier de Troyes; mais au contraire » elle ſera excluſe de la communauté comme dette immobi- » liaire, quoiqu'il n'y en ait point de clauſe dans le contrat de » mariage, parce qu'elle eſt due par un homme demeurant à » Paris, & qui a tous ſes biens ſitués à Paris, & que les char- » ges ſe reglent ſelon la Coutume du lieu où elles s'exécutent.

» Et de même dans la Coutume du Maine, où les dettes mo- » biliaires ſont dues par l'héritier mobilier, on ne pourroit pas » dire que l'héritier mobilier ſeroit chargé d'une rente de cette » qualité, ſous prétexte qu'elle ſeroit due à un créancier de la » Ville de Troyes; ce ſeroit une illuſion de le prétendre, puiſ-

» qu'autrement le créancier ſeroit rendu l'arbitre de la ſuc-
» ceſſion de ſon Débiteur, & de régler l'état & la qualité de
» ſes biens, en changeant de domicile à ſa volonté; & cepen-
» dant dans le même temps qu'on jugera cette même rente
» immobiliaire pour le paſſif dans la ſucceſſion du débiteur,
» ſelon la Coutume du Maine, on ne laiſſera pas de la juger
» mobiliaire pour l'actif à Troyes dans la ſucceſſion, & entre
» les héritiers du créancier, ce qui montre donc bien que la
» différence de l'actif au paſſif eſt eſſentielle.

» Autre exemple dans l'eſpece d'une rente conſtituée à Pa-
» ris, & au profit d'un bourgeois de Paris, pour raiſon de la-
» quelle on fait aſſigner en déclaration d'hypotheque un tiers
» détenteur qui a acquis des héritages ſitués dans une Coutu-
» me où la diſcuſſion a lieu, auquel cas il eſt certain que, quoi-
» que par la Coutume de Paris, la diſcuſſion n'ait point de lieu
» pour les rentes, néanmoins le créancier ſera tenu de diſcuter,
» & pourquoi cela? ſinon par cette raiſon que pour le paſſif, on
» ſuit la Loi du lieu où elle s'exécute.

» Autre exemple; quoique par la Coutume de Paris, les
» meubles n'aient point de ſuite par hypotheque en matiere
» d'exécution, & que l'on ſuive ſeulement la date des ſaiſies,
» ou la contribution, en cas de déconfiture; néanmoins ſi un
» créancier de Paris, & pour une dette créée à Paris, vient à
» l'exécuter ſur les meubles au Pays du Maine ou en Norman-
» die, où les meubles ſe diſtribuent par hypotheque, il n'y a
» point de doute qu'il y viendra ſelon l'ordre de ſon hypothe-
» que.

» Autre exemple; dans l'eſpece où le Fief dominant & le
» Fief ſervant ſont ſitués en deux Coutumes différentes, au-
» quel cas pour la preſtation des droits féodaux, on ne ſuit pas
» la Coutume du lieu où le Fief dominant eſt ſitué, mais on
» diſtingue: car à l'égard du relief, du quint, des lots & ven-
» tes, des fruits de la ſaiſie féodale & autres droits ſembla-
» bles, on ſuit les Coutumes où le Fief ſervant eſt ſitué, parce
» que c'eſt le lieu où les droits s'exigent; & à l'égard de la preſ-
» tation de foi & hommage, on ſuit la Coutume du Fief do-
» minant, parce que c'eſt le lieu où elle doit ſe faire, & cepen-
» dant cela n'empêche pas que quand il s'agit de régler les droits
» pour l'actif dans la ſucceſſion de celui à qui ils appartien-
» nent, & entre ſes héritiers, pour juger à qui ils doivent

» paſſer, on ſuit la Coutume du Fief dominant pour le tout.

» C'eſt par la ſuite de ces principes, que ſi un fils marié à » Paris, dont le pere & la mere y avoient été auſſi mariés, tranſ- » féroit ſon domicile en Normandie, l'action des remplois dûs » à ſa mere, ſeroit regardée dans ſa ſucceſſion comme dette » immobiliaire, conformément à la Coutume de Normandie, » domicile du fils au jour de ſon décès. Voyez la Conſultation » de Dupleſſis, *page* 788, *tome* 2.

Mais ſi l'actif & le paſſif ſe reglent différemment, il eſt important de ſavoir quand il faut décider par l'actif, ou par le paſſif. Par exemple, *un homme demeure dans une Coutume où toutes les actions ne ſe preſcrivent que par quarante ans.*

Il eſt créancier d'un homme qui demeure dans une Coutume où l'on preſcrit par trente ans.

On demande quelle Coutume il faut ſuivre pour juger ſi l'action eſt preſcrite, ou non.

On dit, d'un côté, que s'il s'agiſſoit d'une action réelle immobiliaire, il n'y auroit pas de difficulté qu'il faudroit ſuivre la Loi où l'héritage eſt ſitué. C'eſt ainſi que le tiers détempteur preſcrit l'héritage, ou les hypotheques qui ſont ſur l'héritage, ſelon la Loi de la ſituation.

Mais il s'agit d'une action perſonnelle : nous venons de dire que, *nomina & actiones ſequuntur domicilium creditoris ;* & ſuivant cette maxime générale, il faudroit décider que le débiteur ne peut preſcrire que ſuivant la Loi du domicile du créancier, qui régit cette action; qu'ainſi il faut conſidérer l'action par l'actif.

D'autres ſe déterminent pour la Loi du domicile du débiteur, & ils enviſagent l'action par le paſſif.

Quelques autres enfin paroiſſent n'avoir enviſagé, ni le domicile du créancier, ni celui du débiteur, quand il y a un lieu fixé convenu pour payer, & ils eſtiment qu'il faut ſuivre la Loi du lieu où le paiement doit ſe faire.

MMes. Berroyer & de Laurriere dans les Notes qu'ils nous ont données ſur M. Dupleſſis, *tit. des preſcript. liv.* 1, *ch.* 1, *in fine*, croient, à leur égard, que l'avis de ceux qui décident pour ſuivre la Loi du débiteur, eſt la plus ſûre, parce que l'action doit être intentée au domicile du débiteur, de ſorte que quand il n'eſt pas inquiété, il preſcrit cette action ſuivant ſa Coutume, ſa perſonne eſt libérée aux termes de ſa Coutume, qui

eſt la ſeule qui puiſſe ſtatuer ſur ſa perſonne ; auſſi concluent-ils qu'il faut tenir poſitivement que la preſcription contre les actions perſonnelles, doit être réglée par la Coutume du débiteur, & non point par celle du créancier.

Me Ch. du Molin que nous avons cité ci-devant, nous dit bien que les actions réelles ſuivent la Loi de la ſituation des choſes, & qu'il n'en eſt pas de même des actions perſonnelles ; mais il ne décide pas le combat d'entre la Loi du créancier & celle du débiteur.

Pour moi dans la Theſe générale, & lorſque le paiement n'eſt fixé dans aucun lieu particulier, je me range du parti de MMes. Berroyer & de Laurriere, & j'eſtime qu'il faut ſuivre le domicile du débiteur, parce que, 1°. c'eſt au domicile du débiteur qu'il faut ſe pourvoir. Voyez Bornier ſur Ranchin, *verbo ſolutio*, *art.* 26, *concl.* 334. 2°. Parce que de la même maniere que dans l'action réelle, c'eſt le fonds qui ſe défend, & qui invoque à ſon ſecours la Loi où il eſt ſitué, de même dans l'action perſonnelle, c'eſt la perſonne qui ſe défend & qui invoque la Loi de ſon domicile. C'eſt pareillement l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 35, *n.* 3. On a demandé, dit-il, à quelle Coutume il falloit s'en rapporter, quand les débiteurs étoient domiciliés en des Coutumes différentes de celles des créanciers, ſur quoi on n'a jamais douté en notre Parlement, qu'à l'égard des actions perſonnelles, la preſcription ne dût ſe régler par la Coutume du défendeur.

Hubérus, *lib.* 3, *Juris pub. univerſ. cap.* 11, §. 34, propoſe la queſtion ſuivante, *noſter homo Friſius in Batavis agens, illic à mercibus minutim venditis obligatus eſt, quarum actioni biennio apud nos, ſecus in Hollandia præſcribitur. Creditor actionem poſt biennium in Friſia inſtituit, quæſitum eſt an pati debeat præſcriptionem biennalem, quia nunc agit in Friſia, an eâ ſit liberandus ;* & il répond, *præſcriptioni eſſe locum, quia jus ejus ad actionem, non ad negotium geſtum pertinet.*

Cette déciſion n'eſt pas adoptée de tout le monde. Voyez ce qui eſt dit à l'Obſervation 23, au ſujet de cette déciſion.

Ainſi, ſuivant cet avis, je ſuppoſe que dans le domicile du créancier, il y a une plus courte preſcription que dans le domicile du débiteur : par exemple, en Anjou il eſt accordé deux ans aux Marchands pour faire demande aux Bourgeois des marchandiſes qu'ils ont vendues, ſuivant *l'article* 508 ; au contrai-

re, par la Coutume de Tours, *article* 211, il n'y a que six mois.

*His positis*, un Bourgeois d'Anjou (on dit un Bourgeois, car de Marchand à Marchand, il y a d'autres regles; voyez l'Arrêt de 1673, Journal du Palais; les Coutumes de Troyes, *art.* 201; Sedan, *art.* 311; Bretagne, *art.* 292; Vitry, *art.* 148; & Chaumont, *art.* 120) un Bourgeois, dit-on, de la Ville d'Anjou, a acheté d'un Marchand de Tours, des marchandises; le Marchand agit dans les dix-huit mois de la livraison. Le Bourgeois excipe de la prescription de six mois, portée par la Coutume de Tours, Coutume du Marchand; le Marchand replique par la Coutume d'Anjou, Coutume du Bourgeois qui accorde deux ans.

Dans cette espece j'estimerois le Bourgeois mal fondé, parce que, comme dit du Pineau, *art.* 508 de la Coutume d'Anjou, quand les Docteurs ont proposé la question, si le Statut lie les Forains *in personalibus*, c'est sur le doute que l'on fait, s'ils sont obligés à un plus rude, ou sévere Statut que le Droit commun, ou le Statut de leur Pays; mais nul Docteur ne dit que le défendeur convenu devant le Juge de son domicile, soit recevable à dire qu'il veut être traité & jugé suivant le Statut du Pays du demandeur, principalement en ce cas, auquel il est convenu par action personnelle.

Il y auroit néanmoins une considération à faire, qui est que si le créancier trouvant quelque avantage à invoquer sa propre Loi, s'en servoit contre son débiteur, mais qu'elle lui fût nuisible en quelque autre chose, le débiteur sera bien fondé à se tenir à la Loi sur laquelle le créancier s'est fondé lui-même. *Quod enim quisque Juris in alium statuit, ut is eodem Jure utatur, æquissimum est, L.* 1. *ff. quod quisque Juris.*

Ce que nous décidons présentement en faveur du domicile du débiteur, est pour le cas où il n'y a aucun lieu fixé pour le paiement; & j'estime que cela doit avoir lieu dans le cas même où l'on se pourvoiroit par saisie & Arrêt sur des deniers dûs par un Particulier domicilié ailleurs, ou même par saisie-exécution des fruits pendants par les racines, en quelques Coutumes que les biens fussent situés, parce que tant que l'on ne procede pas à la saisie réelle du fonds, ce n'est toujours qu'une saisie mobiliaire, & une procédure personnelle qu'on fait contre le débiteur dont il faut suivre la Loi.

C'eſt ainſi que cela a été jugé par Arrêt rapporté par M. Polet dans ſes Arrêts du Parlement de Flandres, *part.* 3, *chapitre* 86.

Un Particulier domicilié à Valenciennes, étant créancier d'un autre Particulier domicilié dans le même lieu, de pluſieurs années d'arrérages de rente conſtituée ſans hypotheque, ayant ſaiſi & arrêté les revenus d'un Fief ſitué au Pays de Hainaut, qui étoit en régie au Bailliage du Queſnoy, il fut jugé qu'il devoit être payé de toutes ſes années d'arrérages, conformément à la Coutume du domicile des contractants; (le domicile du créancier & du débiteur étoit le même), quoique par la Loi du lieu des biens dont le créancier avoit ſaiſi les revenus, on n'en pût demander que trois années; quand au contraire il y a un lieu fixe & déterminé pour le paiement, voyez *l'Obſervation* 46.

Mais à ces principes généraux qui décident en faveur de la Loi du débiteur, ne faudroit-il pas admettre quelques exceptions; par exemple, dans tout le Pays Coutumier, on eſt aſſez dans l'uſage d'accorder à une femme, par ſon contrat de mariage, la faculté de renoncer à la communauté, & de reprendre ce qu'elle a apporté en dot; mais la Juriſprudence du Parlement de Paris eſt que l'action que le mari a pour exiger la dot promiſe à ſa femme, ſe preſcrit par dix ans; c'eſt-à-dire, qu'après dix années la femme n'eſt plus obligée de juſtifier que ſon mari a reçu ſa dot, à moins que le mari ne juſtifie qu'il a fait des pourſuites inutiles, de maniere que le ſilence & la demeure du mari font préſumer un paiement.

Au contraire, en Bretagne la dot n'eſt pas préſumée payée après dix années; il faut juſtifier qu'elle a été payée, ou par une quittance préciſe, ou par pieces équivalentes.

Dans ces circonſtances le mariage a été célébré à Paris avec un mari Breton qui a conduit ſa femme en Bretagne, lieu de ſon domicile.

### *Eſpece pour le paiement de la dot.*

On demande ſi pour la répétition de la dot, il faudra ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Paris, où le mariage a été célébré, & où étoit le domicile de la future, ou celle du Parlement de Bretagne où étoit le domicile du mari au jour du

mariage, & où il a coutume de demeurer, & cela dans le cas même où depuis il auroit changé de demeure.

Cette queſtion n'eſt pas fort difficile; la Loi *exigere*, *ff. de Judiciis*, nous fournit une regle qui tranche toute incertitude, qui eſt que la dot ſe répete ſelon la Loi du domicile matrimonial.

C'eſt cette Loi qui regle le fonds des conventions, qui en regle la nature, l'eſſence, qui en caractériſe l'action, & par conſéquent la durée.

Ainſi par le changement de domicile, on peut changer de Juriſdiction; mais on ne peut changer les conventions matrimoniales, les augmenter, ni les diminuer; la durée de l'action *pertinet ad deciſoria.*

Par l'Article 595 de la Coutume de Normandie, il eſt dit que les exécutoires de dépens en Normandie, prennent hypotheque du jour de l'introduction du procès, & non de la condamnation, pour les Jugemens donnés audit Pays de Normandie.

A l'occaſion de cet Article, on a demandé ſi l'exécutoire de dépens prononcés ſur une inſtance jugée hors la Province de Normandie, devoit avoir lieu ſur les biens ſis en Normandie, du jour de l'action, ou du jour de la condamnation ſeulement.

Cette difficulté fut agitée en la Grand'Chambre du Parlement de Normandie, & il fut jugé par Arrêt du 7 Décembre 1683, qu'encore que les parties plaidantes fuſſent domiciliées en Normandie, néanmoins la condamnation de dépens n'ayant point été prononcée par un Jugement rendu en Normandie, ce n'étoit point le cas de donner hypotheque à l'exécutoire de dépens du jour de l'action, mais ſeulement du jour de la condamnation.

Il eſt ſurprenant qu'une queſtion auſſi ſimple ait pu faire l'objet d'une conteſtation portée juſques à la Grand'Chambre; les termes de l'Article ne donnant pas lieu de douter que le privilege accordé par icelui, n'étoit que pour les dépens adjugés dans les Juriſdictions de Normandie.

Il eſt encore une Juriſprudence aſſez ſinguliere dans la Coutume de Normandie. J'ai vu un acte de notoriété en date du 3 Juin 1677, donné en ce Parlement, qui porte que les ſommes mobiliaires qui ne ſont point conſtituées dans ladite Province

vince ne produiſent point d'intérêts, ſi ce n'eſt entre Marchands pour fait de marchandiſe.

Cette Juriſprudence eſt encore atteſtée par Baſnage, ſur la Coutume de Normandie, *pag.* 474, *col.* 1ª, & il paroît que par Arrêt du Conſeil Privé du Roi, & par autre Arrêt du Grand'Conſeil, en date des 27 Mars & 11 Mai 1676, rapporté au Journal du Palais, *pag.* 792 & 794, cette Juriſprudence a été ſuivie.

*His poſitis*, un homme domicilié à Paris paſſe une obligation pour ſomme de deniers non conſtitués à un Normand: *vice verſâ*, un Normand paſſe une obligation pour même cauſe au profit d'un homme domicilié à Paris.

On demande comment dans ces deux eſpeces on ſe réglera pour les intérêts; ſi le Pariſien devra des intérêts au créancier Normand, & ſi le débiteur Normand en devra au créancier Pariſien, c'eſt-à-dire, ſi l'on ſuivra la Loi du domicile du créancier, ou celle du domicile du débiteur; & après tout ce qui a été expoſé ci-deſſus, il ne paroît pas que l'on puiſſe décider autrement qu'en faveur du domicile du débiteur; le Normand pourſuivant le Pariſien, obtiendra des intérêts, parce que la Loi du débiteur en exige, & par la même raiſon le Pariſien n'en obtiendra pas contre le Normand, parce que la Loi de Normandie n'en donne point contre lui.

Autre exemple dans l'eſpece ſuivante.

Nous avons dit dans la Diſſertation ſur les ſolemnités & formalités, qu'il falloit ſuivre pour les protêts des lettres de change, les formalités & les uſages obſervés dans le lieu où ſe font les protêts.

Mais ces protêts donnent lieu ſouvent à des recours contre les endoſſeurs.

Or le temps preſcrit pour ces ſortes de recours, eſt différent, ſuivant les différentes Nations.

En France, ſuivant l'Ordonnance de 1673, *art.* 13, titre *des Lettres & Billets de change*, ceux qui auront tiré ou endoſſé les lettres, ſeront pourſuivis en garantie dans la quinzaine, s'ils ſont domiciliés dans la diſtance de dix lieues, & au-delà à raiſon d'un jour pour cinq lieues, ſans diſtinction du reſſort des Parlements, ſavoir, pour les perſonnes domiciliées dans le Royaume; & hors icelui les délais ſont de deux mois pour les perſonnes domiciliées en Angleterre, Flandres ou Hollan-

de; de trois mois pour l'Italie, l'Allemagne & les Cantons Suiſſes; de quatre mois pour l'Eſpagne; de ſix pour le Portugal, la Suede & le Dannemarck.

Dans les autres Nations il peut y avoir des délais, ou plus longs, ou plus courts : je demande quelle Loi l'on ſuivra pour fixer la durée de l'action en garantie, ſi de l'endoſſeur qui eſt le garant, ſi du porteur de l'endoſſement qui eſt le garanti, c'eſt-à-dire, ſi l'on ſuivra la Loi du créancier, ou du débiteur.

Suivant ce que nous venons de dire en général qu'il faut ſuivre la Loi du débiteur, il pourroit y avoir d'autres regles & d'autres principes à obſerver, s'agiſſant d'affaires de Commerce, qui operent des recours importants & gênés par des délais très-courts & toujours très-fatals; & comme cette queſtion eſt importante, elle mérite bien d'être approfondie, & c'eſt ce que nous allons faire.

Il faut d'abord poſer une eſpece.

Je ſuppoſe d'abord une Lettre de change, tirée par un Négociant Anglois, ſur un Négociant de Paris, au profit d'un François.

Ce François porteur de la Lettre de change, l'endoſſe au profit d'un Eſpagnol, cet Eſpagnol au profit d'un Portugais, en ſorte que cette Lettre de change par les différents endoſſements, parcourt une partie des différentes Nations de l'Europe.

Si les délais étoient fixés pour les recours en garantie du porteur & des endoſſeurs de la même maniere, & dans les mêmes temps dans les différentes Nations, il ne pourroit jamais à cet égard s'élever aucune difficulté.

Mais comme M. Savary en ſes Pareres *page* 634, convient que les Pays étrangers ont des uſages à l'égard des diligences qu'on doit faire pour raiſon des Lettres auſſi-bien qu'en France, il faut donc décider quels ſont les délais des différentes Nations qu'il faut ſuivre.

Selon cet Auteur, à l'égard des Lettres de change tirées des Pays étrangers ſur la France, les délais pour recourir tant contre le tireur, que contre l'endoſſeur, demeurant en la Nation d'où la Lettre de change a été tirée, doivent ſe prendre de la Loi des lieux où la Lettre de change eſt payable; & quand les Lettres ont été tirées de France ſur les Pays étran-

gers, les délais pour la garantie, doivent être ceux d'où les Lettres ont été tirées : d'où il conclut que ſi les Lettres de change ſont tirées d'Amſterdam ſur Paris, le recours de garantie doit être formé dans les deux mois, à compter du jour du protêt; que ſi, au contraire, les Lettres de change ſont tirées de Paris ſur Amſterdam, les délais pour pourſuivre les tireurs & endoſſeurs d'Amſterdam, ne ſeront que de cinq jours, & il termine tout ce raiſonnement en ces termes.

» Il faut ſuivre l'uſage des lieux ſur leſquels les Lettres de » change ſont tirées, & non celui des lieux d'où elles ſont tirées; » en ſorte que, ſi la Lettre de change eſt tirée ſur la France, de » quelque Pays étranger que ce puiſſe être, il faudra ſuivre les » Loix de France, & donner, par exemple, deux mois à un en- » doſſeur Hollandois, d'une Lettre de change ſur Paris, pour » ſon recours en garantie; & que ſi, au contraire, la Lettre de » change eſt tirée de France ſur un Hollandois, le délai pour le » recours en garantie, ne ſera que de cinq jours.

Mais Dupuis en ſon Traité de l'Art des Lettres de change, *chap.* 14, *pag.* 162, dit en raiſonnant ſur *l'art.* 13, de l'Edit du Commerce, *tit.* 5, que cet article eſt fort ſujet à n'être pas exécuté dans le Royaume, & que les Juges étrangers ſeront ſeuls ſaiſis, & ne ſeront pas obligés à juger leurs juſticiables ſelon nos Loix.

Enfin dans un Livre intitulé, *Inſtruction ſur les Lettres de change*, imprimé à Blois en 1739, il eſt dit qu'aucune Juriſdiction n'a encore prononcé ſur le temps que doivent avoir tous les endoſſeurs d'une même Lettre de change, pour faire leurs dénonciations.

Voilà donc, comme l'on voit, trois Auteurs, dont deux ſont d'avis contraire, & le troiſieme prétend qu'il n'y a rien de décidé ſur cette queſtion.

Dans ces circonſtances examinons donc ce que l'on doit décider dans l'eſpece que nous avons ci-devant poſée; c'eſt une Lettre de change qui a parcouru différentes Nations, & dont les endoſſeurs ſont pareillement domiciliés dans les différentes Nations.

Je ſuis perſuadé que la Loi des lieux où la Lettre de change eſt payable, eſt celle qu'il faut ſuivre contre le tireur & contre l'endoſſeur, quand ils demeurent dans le même Royaume & ſous la même Loi, parce que la Lettre devant être acquittée

dans l'étendue de ce Royaume par des tireurs ou endoſſeurs ſoumis à ſes Loix, il ne ſauroit y avoir de difficulté, puiſque nous n'avons point ici un concours de différentes Loix, le débiteur & l'endoſſeur étant ſoumis aux mêmes Loix.

Mais la difficulté eſt toute entiere quand les tireurs & les endoſſeurs ſont domiciliés dans différentes Nations.

Je crois pouvoir aſſurer que ſi les différentes Nations ont déterminé différents délais pour le recours en garantie, il n'en eſt aucune qui n'ait prévu le cas où ces garanties ſeroient à exercer contre des Etrangers. La ſageſſe de l'Ordonnance de 1673, qui a prévu le cas des domiciliés & des non domiciliés dans le Royaume, me fait préſumer que les autres Nations auront eu la même ſageſſe & la même prévoyance.

*His poſitis.* Voici quel eſt mon avis.

La Lettre de change dans mon eſpece eſt payable à Paris, elle eſt endoſſée par des Négociants demeurants dans différentes Nations; je dis qu'après le protêt fait ſuivant les formalités de la Loi de France, le recours en garantie contre un Portugais, dernier endoſſeur, doit être pris de la Loi qui s'obſerve en France, parce que le porteur de la Lettre s'étant tranſporté en France, pour y recevoir la Lettre de change, ce n'eſt que de France qu'il peut apprendre le délai que lui donne la Loi, pour exercer le recours de garantie.

Mais ce recours formé contre le Portugais, donne lieu au Portugais d'exercer ſon recours contre ſon endoſſeur Eſpagnol: d'où ce Portugais prendra-t-il les délais dans leſquels il doit former ce recours? ſera-ce dans celui preſcrit par la Loi du Portugal, ou par celui preſcrit par la Loi d'Eſpagne? & je réponds que comme le Portugais ne peut s'inſtruire du délai qui lui eſt accordé que par la Loi du Portugal, Loi de ſa Nation, c'eſt dans le délai preſcrit par cette Loi, qu'il faut aſſigner l'Eſpagnol; & ſi l'Eſpagnol tient ſon droit, par exemple, d'un Allemand, ce ſera dans le délai preſcrit par la Loi d'Eſpagne, qu'il exercera ſon recours, & non par la Loi d'Allemagne; & ainſi à l'exception du recours de garantie que le porteur de la Lettre doit exercer, & qu'il prend de la Loi où elle eſt payable, je dis que chaque endoſſeur doit aſſigner en recours, ſuivant la Loi de lui garanti, & non ſuivant la Loi du garant.

C'eſt pourquoi la queſtion s'en étant préſentée au Parlement de Tournai, pour raiſon d'un billet de change, paſſé par un

Commerçant de Paris, au profit d'une veuve domiciliée à Lille, où l'Ordonnance de 1673 n'avoit pas été enrégiſtrée, & cette veuve ayant endoſſé ce billet de change au profit d'un domicilié à Rouen, qui avoit agi en recours contre elle dans les délais de l'Ordonnance de 1673, mais non pas dans ceux obſervés à Lille, la Sentence du Magiſtrat de Lille, qui avoit déclaré ce particulier non recevable, fut infirmée au Parlement de Tournay, & la veuve fut condamnée à la garantie requiſe, par Arrêt du 8 Novembre 1693, rapporté par M. Pinault, en ſes Arrêts, *chap.* 80.

Enfin il reſte encore une queſtion, qui eſt de ſavoir pardevant quel Juge tous ces aſſignés en garantie doivent ſe pourvoir; ſi chacun ſe pourvoira dans la Juriſdiction du garant, ou dans la Juriſdiction du lieu où la dette étoit payable, ou dans telle autre Juriſdiction. Mais cette queſtion eſt aſſez importante pour l'approfondir & la traiter plus amplement.

Il peut ſe préſenter une autre difficulté : un homme eſt domicilié dans une Coutume, où l'âge de majorité eſt fixé à vingt-cinq ans, & où le tiers détenteur preſcrit par dix & vingt ans entre âgés; il a hypotheque ſur un héritage ſitué en Coutume qui admet la même preſcription, mais où la majorité pleine & entiere eſt fixée à vingt ans; d'où prendra-t-on la majorité néceſſaire pour preſcrire? ſera-ce du domicile du créancier? ſera ce de la Loi de la ſituation de l'héritage?

Je trouve cette queſtion propoſée dans les Plaidoyers de M. Marion, *pag.* 822, où il parle en ces termes : ſi pour preſcrire la poſſeſſion d'une terre ſiſe en Bretagne, où par l'ancienne Coutume la majorité s'acquiert à vingt ans, contre un particulier qui demeure dans une Province où la Loi l'a fixée à vingt-cinq ans, comme à Paris, il falloit garder la Coutume du domicile, il faudroit par argument contraire, pour preſcrire une Terre ſituée ſous la Coutume de Paris, contre un homme qui ſeroit demeurant en Bretagne, ſuivre l'âge de vingt ans, conformément à la Loi du domicile, choſe ſi abſurde qu'elle eſt aliénée de tout ſens commun.

Cette déciſion que blâme ſi fort M. Marion, ne me paroît pas ſi abſurde; je croirois même qu'il ne ſeroit pas poſſible de décider autrement.

En effet, quand une Loi porte que l'on ne peut preſcrire par dix, ou vingt ans, que contre les âgés, c'eſt qu'elle exige

que celui contre lequel on veut preſcrire, ſoit en état d'agir, fondé ſur ce principe de droit naturel : *Contra non valentem agere, non currit præſcriptio.*

Or quelle eſt la Loi qui décide ſi le créancier eſt en état d'agir, ou non ? C'eſt ſans doute la Loi de ſon domicile ; par conſéquent c'eſt bien la Loi de la ſituation qui décide de la nature de la preſcription, ſi elle ſera de dix, ou vingt ans, ou ſi elle ſera plus longue, ou plus courte ; mais c'eſt celle du domicile du créancier que nous ſuppoſons être celle de ſa naiſſance, qui décide s'il eſt âgé, ou non. Comment donc diſtinguerons-nous, quand il faut décider pour l'actif, ou pour le paſſif? Voici ce que je penſe.

Quand il n'eſt queſtion que de l'intérêt du créancier, il faut ſuivre les principes de l'actif.

Quand il n'eſt queſtion que de l'intérêt du débiteur, il faut ſuivre les principes du paſſif.

*Sed hæc accipienda ſunt de Jure quod favorem, & utilitatem reſpicit ipſius creditoris, vel eorum qui ex ejus capite cauſam aſſerunt. E contra verò ſi favorem, & intereſſe ipſius debitoris ſtatutum reſpexerit, ea quæ ex natura ſua nullius ſunt loci, ex domicilio ac perſona debitoris legem accipient.* Burg. *tract.* 2, *n.* 23. Mais quand il s'agit de l'intérêt de l'un & de l'autre, pour lors ſi les moyens du créancier ſont tirés de ſon état perſonnel, il faut ſuivre l'actif, ſinon il faut ſuivre le paſſif.

De ce que nous venons de dire que les actions dans leur actif, ſuivoient la Loi du domicile du créancier, il en réſulte que les rentes conſtituées de la nature qu'elles ſont parmi nous, doivent ſuivre dans leur actif ce même domicile, parce que ce ſont droits incorporels purement perſonnels; mais comme elles ſont dans certaines Coutumes réputées meubles, & immeubles dans d'autres, j'ai cru faire plaiſir de marquer un peu amplement ce que j'ai pu recueillir ſur cette matiere, & j'avouerai que j'ai beaucoup profité de ce que M. de Laurriere a écrit dans ſon livre intitulé, *Le Tenement de cinq ans.*

## *Des Rentes.*

Me Ch. du Molin eſt de tous les Auteurs qui ſe ſont fait un nom, le premier qui ait parfaitement développé l'eſſence & la véritable nature des rentes conſtituées à prix d'argent.

Anciennement on s'étoit perſuadé qu'un homme qui n'avoit pas d'héritages, ne pouvoit pas créer ſur lui-même de ces ſortes de rentes.

La raiſon que l'on en donnoit pour lors, étoit que l'argent eſt, à la vérité, le prix de toutes choſes; mais qu'il eſt ſtérile par lui-même, & qu'un écu n'en produit point un autre. *Nummus nummum non parit.*

Ainſi un homme qui empruntoit 10000 livres, & qui n'ayant point de fonds, ſe chargeoit annuellement d'une certaine rente pour tenir lieu de l'argent qui lui étoit donné, rendoit un produit d'une choſe qui n'en avoit pas par elle-même; d'où l'on eſtimoit que ces rentes étoient abſolument uſuraires.

Mais quand un homme avoit des fonds, dont la nature eſt de produire des fruits, comme il pouvoit vendre ſes fonds, & en les vendant, retenir ſur iceux une rente repréſentative des fruits de ces fonds, on imagina de feindre que cet homme qui empruntoit à conſtitution de rente, vendoit, en quelque maniere, le fonds ſur lequel il aſſignoit la rente qu'il conſtituoit; & par cette fiction on croyoit rendre cette rente légitime, comme étant le produit naturel du fonds dont le créancier étoit rendu fictivement Propriétaire, & qui étoit deſtiné pour le paiement de cette rente.

Cet aſſignat emportoit donc par fiction, l'aliénation du fonds aſſigné, & le créancier, en percevant ſa rente, étoit préſumé percevoir le produit du fonds qu'il avoit acheté. Ce produit n'étoit pas dès-lors regardé comme le produit de l'argent, mais comme celui du fonds aliéné.

Cette fiction pouvoit avoir pris ſa ſource dans ce qui ſe pratiquoit chez les Romains, pour la conſtitution d'hypotheque où le Propriétaire feignoit une vente, & faiſoit une délivrance de ſon fonds, à condition qu'on le lui rendroit, lorſqu'il auroit rendu les deniers empruntés, & l'acquéreur étoit appellé *fiduciarius emptor.* Gouget, Traité des Hypotheques, 3^e *partie, page* 560.

C'eſt peut-être delà qu'anciennement la plus grande partie de rentes conſtituées à prix d'argent, étoient payées en fruits, ſuivant Ducange en ſon Gloſſaire *in verbo firma.* Ce qui a été corrigé par l'Ordonnance de 1565.

Delà vient que dans ces temps on rendoit la foi & hommage de ces rentes, quand elles étoient aſſignées ſur des Fiefs, & on

en payoit les droits de lods & ventes, quand elles l'étoient ſur rotures. Elles étoient même ſujettes au retrait féodal, ou cenſuel, ſelon la nature de l'héritage aſſigné.

Delà vient encore que l'on en prenoit ſaiſine, & cette ſaiſine, quand elle étoit priſe, donnoit un grand avantage : car la rente devenant par la ſaiſine une charge du fonds, dont tout acquéreur étoit préſumé inſtruit, comme il étoit préſumé l'être du cens, le créancier de la rente n'étoit pas plus obligé de s'oppoſer pour la conſerver, que le Seigneur pour conſerver ſon cens.

Delà encore ceux qui avoient pris ſaiſine, étoient préférés à ceux qui ne l'avoient pas priſe, quoique ces derniers fuſſent antérieurs, parce que ſans la ſaiſine, il n'y avoit pas de véritable aſſignat, & que l'on ne pouvoit pas préſumer que le fonds eût été aliéné.

C'eſt encore delà que l'on jugeoit que ces ſortes de rentes étoient perpétuelles, & ne pouvoient être rachetées; de ſorte que la faculté de les racheter, quand elle étoit ſtipulée, ſe preſcrivoit par trente ans, parce que l'on regardoit ces rentes comme le produit du fonds aliéné, & que la nature de la vente eſt de transférer irrévocablement le domaine de la choſe.

Enfin c'eſt encore delà que l'on jugeoit que les rentes conſtituées devoient ſuivre, & être régies par la Loi de la ſituation des biens aſſignés & aliénés par fiction, puiſque le Propriétaire de la rente étoit regardé comme le Propriétaire du fonds.

Paſſons à la preuve de toutes les propoſitions que nous venons d'expoſer.

Nous avons dit d'abord qu'un homme ne pouvoit pas autrefois créer une rente ſur lui-même, quand il n'avoit pas de fonds, & à cet égard il ne faut que conſulter les deux Extravagantes *Regimini* des Papes Martin V, de l'an 1424, & Calixte III, de 1455. Ces deux Extravagantes n'autoriſoient les rentes, qu'autant qu'elles étoient aſſignées ſur des fonds.

C'eſt pourquoi la rente diminuoit, ſi le fonds aſſigné diminuoit, & elle étoit totalement éteinte, ſi le fonds périſſoit entiérement. C'eſt ce qui eſt porté par la Bulle, *cùm onus* de Pie V, de l'an 1569, §. 6, *poſtremo cenſus omnes in futurum creandos non ſolum re in totum, vel pro parte perempta, aut infructuoſa in totum, vel pro parte affecta, volumus ad ratam perire, ſed etiam poſſe pro eodem pretio exſtingui, nonobſtante longiſſimi*

*giſſimi etiam temporis, ac immemorabilis, imo centum, & plurium annorum præſcriptione, nonobſtantibus aliquibus pactis directe, aut indirecte talem facultatem auferentibus, quibuſcumque verbis, aut clauſulis concepta ſint.*

Nous avons dit, en ſecond lieu, que l'aſſignat des rentes ſur des fonds, emportoit une eſpece d'aliénation de ces mêmes fonds, & que c'eſt la raiſon pour laquelle on en faiſoit la foi & hommage, quand elles étoient aſſignées ſur des Fiefs, & qu'on en payoit des lods & ventes, quand elles étoient ſur des rotures; nous ajouterons que cela avoit lieu, tant pour la conſtitution, que pour le rachat de la rente, d'où on en concluoit qu'elles étoient ſujettes au retrait féodal & cenſuel.

Pour être perſuadé de ces propoſitions, il faut conſulter nos anciens Auteurs & nos Coutumes.

Quant au retrait, nous avons le témoignage de Jean Faber, qui vivoit vers l'an 1340, lequel §. *ult. inſt. de duobus reis, verſ. ſed ego, n.* 8, agite une queſtion qui préſuppoſe qu'une pareille rente conſtituée eſt ſujette au retrait lignager : *ſed ego moveo tibi unam quæſtionem novam quæ ſæpe poteſt cadere in facto, ſuppoſitâ conſuetudine quæ eſt talis, quod ubi aliquis vendit reditus, obligando bona ſua etiam generaliter, proximior de genere poteſt retrotrahere, & ab emptore vindicare rem venditam, ſeu reditus ſolvendo pretium, quæ conſuetudo eſt in multis locis regni Franciæ.*

La déciſion de M^e Jean Deſmarres qui vivoit en 1400, ſous Charles V & ſous Charles VI, eſt encore bien plus poſitive en *l'art.* 284, » *item*, que ſi aucun vend aucune rente perpétuelle, » en & ſur les héritages & poſſeſſions de ſon propre, combien » qu'iceux héritages & poſſeſſions, il ne vende mie, toutefois » telle vente eſt, & doit être tenue & réputée, & cenſée vente » & aliénation d'héritage, puiſque l'héritage eſt chargé à tou- » jours, & par exprès, de la rente vendue, & y chiet retrait, & » la peut retraire, & avoir par voie, & à cauſe du retrait, l'un » des amis charneulx du vendeur du côté & ligne dont leſdits » héritages ſont venus. »

Enfin, Joannes Lucius qui nous a donné un recueil des Arrêts de la Cour, imprimé en 1532, rapporte un Arrêt rendu en 1420, qui conſacre cette Juriſprudence, *lib.* 9, *tit.* 3, *art.* 2, *prædiis oppigneratis pro intercedentis pecuniæ modo penſitaturis diſceptabatur, eſſetne gentilitiæ redhibitioni locus.... pla-*

*cuit redhibitioni eſſe locum..... placitum, pronunciatum* III, *non. Janv.* 1420, *Læſtreo, & Lancea diſceptantibus.*

Quant aux lods & ventes, & même à la foi & hommage que les Seigneurs exigeoient, pour raiſon de ces ſortes de rentes, nous avons pluſieurs de nos Coutumes qui en ont des diſpoſitions préciſes.

La premiere de celles que je connois, eſt celle de Chartres rédigée en 1508, dont voici la diſpoſition en *l'art.* 46. » Quand » aucun héritage tenu à cens, & baillé à rente a reſcouſſe, ou » que ſur icelui eſt conſtitué ſpécialement aucune à reſcouſſe, » celui qui a prins ledit héritage à rente & a reſcouſſes, ou ache- » té ladite rente recouvrable, doit & eſt tenu payer dès l'heure » du contrat, au Seigneur cenſier gands vêtes de la ſomme à » quoi ladite reſcouſſe ſe monte, ou ladite rente a été vendue, » tout ainſi que ſi ledit héritage étoit vendu purement & ſimple- » ment, & à ce moyen par la reſcouſſe ne ſeront dues aucunes » ventes. »

La Coutume de Troyes rédigée en 1509, *art.* 38, eſt conçue en ces termes : » ſi le vaſſal vend & conſtitue rente ſur ſon » Fief, autrement la maniere deſſus déſignée, c'eſt à ſavoir à » plus long temps que de trois ans, il en doit quint denier au » Seigneur du Fief, & l'acheteur en doit foi & hommage. »

*L'art.* 58 de l'ancienne Coutume de Paris rédigée en 1510, eſt très-précis ſur cette matiere. » Quand aucune perſonne vend » ou conſtitue rente ſur ſon héritage, l'acheteur d'icelles rentes » doit les ventes au Seigneur cenſier, ou foncier, dont eſt tenu, » & mouvant l'héritage, ſur lequel ledit vendeur conſtitue ladite » rente. »

*L'art.* 59, » *item*, quand aucune rente conſtituée nommé- » ment ſur un héritage, tenue en cenſive, eſt rachetée, le rache- » tant eſt tenu payer au Seigneur cenſier ou foncier, dont eſt » tenu, & mouvant ledit héritage, les ventes dudit rachat » ledit article pour la diverſité des opinions des aſſiſtants, a été remis à la Cour.

*L'art.* 60, » *item*, quand aucun vend ou conſtitue rente ſur » ſon héritage, lequel il oblige nommément & ſpécialement à » icelle rente, & généralement tous ſes autres biens & héritages, au Seigneur cenſier ou foncier, dont eſt tenu, & mouvant en cenſive ledit héritage nommément & ſpécialement » obligé à ladite rente, appartient tous les droits de ventes, & » ſaiſines de ladite rente. »

*L'art.* 24, de l'ancienne Coutume de Loris rédigée en 1531, » ſi aucune perſonne vend rente perpétuelle, ou à réméré ſur » ſes biens & héritages, en ce cas, n'y a aucuns droits de lods & » ventes, toutefois, ſi par après ladite rente étoit aſſignée ſur » l'héritage particulier par les parties ou juſtice, en ce cas il en » ſera dû profit par l'acquéreur. »

*L'art.* 5, des Fiefs de la Coutume de Berry, rédigée en 1540, » l'acquéreur d'aucune rente conſtituée à prix d'argent, » ou autrement, ou autre charge réelle ſur le Fief, eſt tenu en » porter la foi & hommage au Seigneur féodal, & payer les » droits de rachat, tout ainſi comme s'il avoit acquis partie de » Fief. »

*L'art.* 9, de la même Coutume, titre des cens..... » & ès cas » eſquels accordements, lods & ventes, & autres Droits Sei- » gneuriaux, ſont dûs en aliénation d'héritage cenſuel, ſont pa- » reillement dûs en conſtitutions de rente, ſpécialement faite » ſur aucuns héritages cenſuels. »

*L'art.* 145, de la Coutume de Château-neuf, rédigée en 1552, » quand aucune perſonne vend ou conſtitue rente ſur ſon » héritage, l'acheteur d'icelle rente doit les ventes au Seigneur » cenſier ou foncier, dont eſt tenu, & mouvant l'héritage, ſur » lequel ledit vendeur a conſtitué ladite rente. »

Nous avons dit, en troiſieme lieu, que l'on prenoit ſaiſines de ces ſortes de rentes, & qu'au moyen de ce, elles devenoient des charges connues dont les tiers acquéreurs étoient tenus perſonnellement, & nous en trouvons une preuve qui nous eſt reſtée, par inadvertance ſans doute, dans les *art.* 99 & 100, de notre Coutume de Paris, qui aſſujettiſſent les détenteurs & propriétaires à payer perſonnellement les rentes, dont les héritages par eux acquis peuvent être chargés, ſoit qu'ils ſoient ſpécialement obligés, ou qu'il y eût générale obligation ſans ſpécialité.

Delà il s'enſuivoit que le détenteur qui étoit obligé perſonnellement, ne pouvoit propoſer la diſcuſſion : il le pouvoit pour obligations, ou pour toute autre créance, parce que l'on n'en prenoit pas ſaiſine ; mais non pas pour des rentes enſaiſinées.

De ce que ces rentes étoient des charges connues au moyen de la ſaiſine, il s'étoit élevé un uſage dans les Coutumes d'An-

jou & du Maine, de ne point former oppoſition aux criées des héritages, qui étoient chargés de ces rentes.

Cette ſaiſine opéroit encore des préférences au profit de ceux qui l'avoient priſe, contre ceux qui n'avoient pas eu cette précaution, & même les créanciers d'une ſomme à une fois payer, qui à leur égard ne prenoient jamais ſaiſine, n'étoient colloqués entre eux que par forme de contribution; c'eſt ce qui ſe voit dans les Coutumes de Toulouſe, d'Anjou, du Maine, de Lodunois, *art. 6, du tit. 2, & art. 1 & 3, du tit. 22*, de Touraine, *art. 215*, laquelle s'entend de toutes ſortes de créanciers, même hypothécaires, leſquels ne devoient marcher qu'après les créanciers de la rente.

Nous avons dit que les rentes conſtituées à prix d'argent étoient pour lors perpétuelles, & non ſujettes à rachat, & effectivement nous voyons que par l'Ordonnance de 1441, il fut permis comme une grace de racheter les rentes conſtituées à prix d'argent ſur les maiſons de la Ville de Paris, & en 1483, le Roi étant aux Etats tenus à Tours, permit à l'égard des nobles de racheter ſeulement celles qu'ils avoient conſtituées pour le ſervice de Sa Majeſté; & à l'égard des roturiers, celles créées pour la taille; encore fixa-t-il cette faculté à deux années: la Coutume de Vitry, *art. 131*, y eſt expreſſe.

M^e Ch. du Molin, en ſon Traité latin des Uſures, *n. 195 & 199*, atteſte l'ancienne Juriſprudence qui déclaroit les rentes non rachetables. *Sed non vidi ſupremam hanc curiam judicaſſe hos reditus redimibiles, quando erant ante triginta vel plures annos, etiam ſub expreſſa, & libera facultate redimendi ab initio, & abſque ullo vitio conſtituti: tamen pluries illic vidi de facto judicari in pluribus hujuſmodi contractibus aliquo vitio laborantibus, quo infra tres vel ſex menſes debitor ſortem cum reliquis ſolvendo redimere & luere poſſet; alioquin reditus eſſet perpetuus & non redimibilis.*

*Imo etiam anno 1546, vidi in publicis cauſarum actionibus hujus ſenatûs reditum conſtitutum ad rationem quintæ decimæ, cum pacto, ut non eſſet redimibilis, declarari redimibilem infra tres annos, ſed non poſt. Ego etiam ſcio quod in tertia claſſe inquiſitionum hujus ſenatûs, die 23 anno ſeſqui milleſimo trigeſimo tertio, delatore quodam Bourgouïno, habito etiam reliquarum ſenatûs claſſium conſilio, reditum ante 54 annos, ad ratio-*

*nem duodecimæ conſtitutum, redactum ad rationem quintæ decimæ pro tempore futuro, ſed declaratum non redimibilem ob lapſum* 54 *annorum, & pejùs ſenatus Dolanus, die* 7 *Sept. anno* 1547, *declaravit in prædictis in totum* 40 *annis præſcribi.*

Enfin nous avons dit que les rentes conſtituées à prix d'argent, étoient réglées par la Loi de la ſituation des biens, & cette Juriſprudence ſubſiſtoit encore en 1570, ſuivant l'Arrêt rapporté par le Veſt, Arrêt 110, & ce, quoique le fameux Arrêt de 1557, dont nous parlerons ci-après, eût reſtitué aux rentes leur véritable nature de rentes volantes & perſonnelles.

Mais aujourd'hui l'état de la Juriſprudence eſt bien changé; les rentes conſtituées à prix d'argent, ſont regardées parmi nous comme ſimples actions perſonnelles: on peut les conſtituer ſans avoir des fonds; & dans le cas où on les hypotheque ſur des fonds, elles ne ceſſent pour cela d'être volantes & perſonnelles à *l'inſtar* des obligations à une fois payer, qui, quoique hypothécaires, ne laiſſent pas d'être attachées & inhérentes à la perſonne.

Me Ch. du Molin, en ſon Traité Latin des Uſures, *n.* 22, a parfaitement fait connoître que moins ces rentes ont de ſûreté & d'hypotheques, & plus elles ſont officieuſes & exemptes de toutes uſures, qui étoit pourtant le crime que l'on vouloit éviter par toutes les fictions que l'on avoit faites ci-devant: voici comme il s'explique. *Reſtat confutanda ſuperſtitioſa quædam & irrationabilis opinio. Quidam enim ut* BONAVENTURA TRACT. DE CONTRACT. BERNARD. SENENSIS DE EVANGELII ÆTERNO SERMONE 41, CAP. 2. *alii tenuerunt penitùs illicitum, quod reditus ematur ſuper perſona venditoris & debitoris obligantis ſe & ſuos perſonaliter ad ſolvendum aliquid annuum, pro certa ſumma pecuniæ per eum recepta, ex quo nullum ſubeſt prædium, ex cujus fructibus ille reditus confici poſſit, & tandem ſucceſſu temporis debitor obligatur ad plus dandum quàm acceperit, & in hac ſententia videtur eſſe Innoc. in C. civitate in fide uſur. & ibi ſeq. Joan. de Ligna dicens, quod ſi venditur reditus, non habitâ relatione ad rem, contractus eſt illicitus & fœneratitius. Si verò conſtituitur reditus in re & venditur, valet contractus, dummodo non ſit fraus, nec deceptio ultrà dimidiam, & res ſufficiat ad ferendum talem reditum, & ſeq. Laurent. Rodul. in tract. de uſur. part.* 2, *quæſt.* 12. *Franc. Aret. Con.* 151. *uno themate, & alii quos omitto, & moventur, quia priori*

*caſu venditur pecunia, & plus tandem recipitur quàm datum fuerit, quod eſt illicitum.*

*Secundo verò caſu venditur res immobilis uſque ad valorem reditûs, quod eſt licitum, voluit tamen Joan. de Ligna in C. ult. q. 1, de uſur. quod non requiritur reditum vendi & conſtitui ſuper certo prædio, ſed poſſit conſtitui generaliter ſuper bonis, dummodo ſufficiant, & ad bona hypothecata fiat relatio, & ſufficiens & idonea ſit hypotheca, & hanc opinionem ſequi videtur Ph. Melanch. in Epiſt. Phil. Mord. dùm præfatam differentiam laudat, ſubdens tamen, quod ſi bona illa hypothecata inſigni clade afflicta ſint, debet viciſſim pro portione remitti de reditu; ſed illi dùm ſuperſtitioſius & ſcrupuloſius argutantur, non vident quorſum res evadat, videlicet in tanto juſtior ſit contractus quantò creditori melius, & tutius cavetur, eoque magis illicitus & uſurarius quo minus ei cavetur. Atqui ridiculum eſt, adverſùs uſurarios contractus ſic diſputare, ut negotium agas fœneratorum, debitores autem quo pauperiores ſint, & minus prædibus, prædiſve idoneis cavere potuerint, eo magis excludantur, & vel hoc ſubſidio fruſtrentur. Dicamus ergò quod ſi licitum eſt juſto pretio emere reditus ad hoc noviter conſtitutos, ſuper certis prædiis ad hoc ſufficientibus, & ſpecialiter hypothecatis (ut omnes tenent, paucis exceptis, quorum ſententia jamdudum exploſa eſt) multo magis licitum eſt emere ſub generali bonorum hypotheca; & multo fortius abſque ulla hypotheca, vel aliâ cautione, quàm nudâ fide pauperis debitoris: tantoque majorem gratiam & liberalitatem exercet creditor, alioquin ſui Juris, ſuæque poteſtatis, facit ſuprà, num. 20, & hæc adeo clara, ut in his aſſerendis nulla ſit opus ratione, ſeu ſenſu. Si enim reditus nullâ hypothecâ, nullo fidejuſſore, nullâ aliâ cautione ſubnixus ſit, ſed in ſola perſonali obligatione debitoris, cujus ſolius fidem ſecutus eſt creditor, tantum abeſt ut hoc vitiet contractum, & uſuram inducat, ut eo longius amoliatur omnem ſuſpicionem & rationem uſuræ. Patet clariſſimè, quia quidquid alleviat, vel minus gravat debitorem & deteriorem facit creditoris conditionem, elevat & minuit ſuſpicionem & rationem uſuræ. Vanum eſt ergò & præpoſterum hic requirere ſpecialem, vel generalem hypothecam rei immobilis, quia hoc non recipit ſubſtantiam, nec juſtificationem reditûs, ſed ſolum ſecuritatem creditoris.*

Me Ch. du Molin compoſa ce Traité Latin en 1545, & ſes raiſons furent trouvées ſi bonnes & ſi convaincantes, que la

Juriſprudence ſur les rentes, qui avoit lieu pour lors, fut preſqu'entiérement changée. C'eſt delà que pluſieurs Coutumes, qui furent rédigées depuis, déterminerent qu'il n'étoit dû aucuns droits pour ces rentes. Telles ſont les Coutumes de Sens, rédigées en 1555; celles d'Eſtampes & Melun rédigées en 1556.

Cependant *l'art.* 58, de l'ancienne Coutume de Paris, rédigée en 1510, qui aſſujettiſſoit les rentes conſtituées à des Droits Seigneuriaux, ſubſiſtoit toujours par proviſion; mais en 1557, le 10 Mai, ſur la pourſuite du Prévôt des Marchands, il fut rendu Arrêt, qui ordonna que cet article ſeroit rayé, & à la place d'icelui, mis une diſpoſition toute contraire. En voici le diſpoſitif. La Cour a tenu & tient les appellations pour bien relevées, & en faiſant droit ſur l'appel interjetté de la Sentence, ou appointement donné par leſdits Commiſſaires, l'an 1510, ladite Cour a mis & met l'appellation, & ce dont a été appellé au néant, & en émandant le jugement, & ayant égard à la Requête deſdits Prévôt des Marchands & Echevins, ordonne que *l'art.* 58, deſdites Coutumes ſera rayé, & que les autres faiſant mention que pour rentes conſtituées à prix d'argent ſont dûs lods & ventes, ne demeureront pour ce regard, pour Coutume, & au lieu dudit *art.* 58, ſera mis & écrit pour rentes conſtituées à prix d'argent, ſur maiſons ou autres héritages aſſis ès Ville, Prévôté & Vicomté de Paris, ne ſont dûs aucuns Droits de lods & ventes, ni autres profits Seigneuriaux, ſoit pour la conſtitution, ou rachat deſdites rentes, & a ladite Cour réſervé & réſerve à ceux qui ſous ombre de ladite prétendue Coutume non accordée, & de ladite Sentence donnée par proviſion par leſdits Commiſſaires, ont payé aucuns lods & ventes, de pouvoir répéter ce qu'ils auront payé, & ſera le préſent Arrêt lu & publié en jugement à jour du plaidoyer du Châtelet de Paris, en la préſence de Meſſieurs Guillaume Allard & Charles Deſdormans, Conſeillers en ladite Cour, qu'elle a commis & commet pour exécuter ledit Arrêt publié en jugement le 10 Mai 1557, il eſt retenu *in mente curiæ*, que des rentes conſtituées à prix d'argent à la charge deſquelles aucunes venditions volontaires, ou adjudications par décret, auront été faites, ſont réputées, & les répute la Cour faire partie du prix, & a été arrêté qu'en ce cas lods & ventes ſont dûs aux Seigneurs cenſiers & fonciers, non-ſeule-

ment pour le regard des deniers débourſés ; mais auſſi pour le ſort principal deſdites rentes conſtituées, & ſera le préſent *retentum* délivré en groſſe de ladite Cour aux parties qui le requerront, & enrégiſtré au Greffe dudit Châtelet, *Signé* Camus.

Cet Arrêt rendu pour la Coutume de Paris, a fait une Loi générale pour toutes les autres Coutumes ; c'eſt ce que Me Ch. du Molin a obſervé en pluſieurs endroits. Voici comme il parle ſur *l'art.* 46, de la Coutume de Chartres, qui donne des Droits au Seigneur pour conſtitution de rentes rachetables : quant aux rentes conſtituées, ceci eſt corrigé par Arrêt de Parlement, le 10 Mai 1557, recours à mon annotation ſur la Coutume de Paris, *art.* 58, lequel a lieu généralement, ſinon ès cas que j'ai exceptés en mon Commentaire ſur ledit article, il répete la même choſe ſur *l'art.* 145, de la Coutume de Château-neuf, *doit les ventes ;* cet article eſt généralement corrigé par Arrêt fondé en raiſon générale, comme j'ai écrit ſur Paris, §. 54, ſauf ès cas que j'ai exceptés audit lieu.

Les Auteurs qui ont ttavaillé d'après Me Ch. du Molin, ont adopté ſa déciſion. Coquille, *art.* 25 des Fiefs, & en ſa queſtion 32, Lhoſte ſur Lorris, Gouſſet ſur Chaumont, Rochette & le Grand ſur Troies, la Thaumaſſiere ſur *l'art.* 9, des cens de la Coutume de Berry, & en ſes queſtions, centurie 1, *chap.* 34.

Auſſi les Coutumes qui ont encore été rédigées depuis cet Arrêt de 1557, en ont ſuivi la déciſion : telles ſont les Coutumes de Touraine & de Poitou, rédigées en 1559, celle de Melun en 1560, & celle d'Orléans en 1583.

Il falloit que long-temps avant l'Arrêt de 1557, l'on fût revenu des idées de ſévérité que l'on s'étoit formées ſur les rentes conſtituées : car nous voyons que Louis XII, en 1510, mit une différence eſſentielle entre les rentes conſtituées à prix d'argent, hypothéquaires & aſſignées ſur des fonds, & les rentes véritablement foncieres, & impoſées lors de l'aliénation effective des fonds, en ordonnant la preſcription des arrérages des rentes conſtituées, par ceſſation de paiement, pendant cinq années ſans interruption.

En 1539, le Roi François I ordonna que les rentes conſtituées, ſeroient dorénavant rachetables.

Me Ch. du Molin, en ſon Traité latin & françois des Uſu-

res,

res, remarque que de ſon temps il y avoit des rentes rachetables & non rachetables; que celles qui étoient conſtituées au denier 12, ou au denier 15, & qui étoient regardées comme tenant la place des uſures uſitées chez les Romains, étoient perpétuellement & eſſentiellement rachetables; mais que celles qui étoient conſtituées à un denier foible, & qui ne produiſoient de revenu qu'autant qu'un héritage acheté de deniers auroit pu en produire, étoient non rachetables, de maniere même que la faculté ſtipulée de les racheter, pouvoit être limitée à un temps, & même ſe preſcrire.

C'eſt delà, ſans doute, que nous vient la diſtinction que nous font pluſieurs de nos Coutumes, entre les rentes rachetables & les rentes non rachetables: telles ſont les Coutumes de Chartres, rédigée en 1508, *art.* 46; de Troyes, rédigée en 1509, *art.* 66 *&* 67; de Chaumont, rédigée en la même année, *art.* 64; de Maux, rédigée encore en 1509, *art.* 195; de Berry, rédigée en 1540, *art.* 8, *des cens*; & d'Artois, rédigée en 1543, *art.* 140.

» Me Maillart dans ſon Commentaire, ſur la Coutume d'Artois, *art.* 140, *n.* 40, de la nouvelle édition, dit que toutes » rentes conſtituées à prix d'argent, ſont préſentement rachetables, & qu'autrefois ce n'étoit pas la même choſe. C'eſt pour » cela, dit-il, qu'on obſerve, 1°. qu'originairement les rentes » conſtituées à prix d'argent, n'étoient pas rachetables de leur » nature; l'on conſidéroit la conſtitution de rente comme une » pure vente d'un certain revenu ſur les biens du débiteur, laquelle devoit être irrévocable de la part, tant du vendeur, » que de l'acheteur: 2°. qu'à l'exemple de la faculté de réméré, » uſitée dans les contrats de vente des choſes réelles, pour » faire retourner dans le vendeur la propriété qu'il avoit perdue » par la vente, laquelle eſt un titre perpétuel, l'on introduiſit » dans les contrats, des rentes conſtituées à prix d'argent, que » le débiteur ou le vendeur de la rente ſur ſoi ou ſur ſes biens, » pourroit ſe libérer de cette rente en rembourſant le principal.

» 3°. Lorſque la faculté de racheter la rente conſtituée à » prix d'argent, étoit reſtreinte à certain temps, cette faculté » étoit perdue de plein droit, faute d'avoir été exercée dans le » temps, ſelon la maxime que ce qui eſt permis pour un temps, » eſt défendu après ce temps; Arrêt de l'an 1418.

» C'eſt pourquoi, dans la charte du mois de Juillet 1481,

» *art.* 55, le Roi Louis XI prorogea de cinq ans cette faculté » aux nouveaux habitants d'Arras, & ce, par grace ſpéciale.

» Quand la faculté de racheter la rente conſtituée étoit in- » définie, ou étoit déclarée perpétuelle, elle ne laiſſoit pas » d'être excluſe, faute d'avoir été exercée durant le temps intro- » duit par les Coutumes pour preſcrire ces actions, parce que » cette faculté étoit, non pas légale, mais conventionnelle. Or » toute faculté conventionnelle eſt excluſe par la preſcription » coutumiere.

Aujourd'hui nos rentes conſtituées à prix d'argent, ſont néceſſairement rachetables, & tellement rachetables que *ablatâ facultate liberandi, vel reſtrictâ ab initio contractûs, facit contractum in totum uſurarium & illicitum.* Mol. de uſur. quæſt. 50.

Quoique la faculté de racheter la rente ſoit impreſcriptible, néanmoins la permiſſion de l'amortir en deux, ou pluſieurs paiements, ſe preſcrit par trente ans, parce que cette permiſſion n'eſt pas de l'eſſence & de la nature du contrat, & qu'elle procede de la convention des parties, dont l'effet ne s'étend pas au-delà de trente ans; par la même raiſon la faculté donnée de racheter une rente fonciere par contrat de bail d'héritage, ſera preſcrite par trente ans. *Coutume d'Orléans, Article* 269.

J'exhorterai, à cette occaſion, de lire la Diſſertation de M. Salvaing, des Fiefs de Dauphiné ſur ce Théoreme; *nul ne preſcrit contre ſon Titre*, que tout le monde cite, & que peu de perſonnes entendent.

De la diſtinction des rentes rachetables & non rachetables, eſt née dans nos Coutumes la différente nature qui a été appliquée aux rentes conſtituées.

J'ai obſervé dans la Queſtion II de mes Diſſertations Mixtes, que dans les Coutumes qui les ont déclarées meubles, on a conſidéré que le débiteur avoit la faculté perpétuelle de rembourſer le ſort principal & d'éteindre la rente; & à raiſon de cette faculté, la rente n'étant pas ſtable & permanente, & le créancier pouvant être à chaque inſtant forcé de recevoir ſes deniers, on a cru qu'elle ne pouvoit pas être miſe au nombre des immeubles, qui de leur nature doivent avoir de la ſtabilité.

Dans les Coutumes au contraire qui les ont réputées immeubles, on a conſidéré qu'elles produiſent un revenu annuel,

qui ſe continue & renaît d'année en année, à l'exemple des fruits des héritages; en ſorte que la faculté de rembourſer étant pure caſuelle & indépendante du créancier qui ne peut demander que la continuation du revenu & du produit de ſes deniers, on a cru que telles rentes devoient être miſes au nombre des immeubles & des héritages qui produiſent annuellement des fruits. C'eſt le principe de décider de Me Ch. du Molin, ſur *l'art.* 57 de l'ancienne Coutume de Paris. *Sufficit ergò reditum perpetuo durare poſſe..... Stabilitas enim ſucceſſiva, ſivè fructus ſucceſſivus adhærendo facit immobilibus comparari.*

Lors de la rédaction de la Coutume de Bourgogne en 1459, les rentes ſujettes à rachat étoient regardées comme meubles, comme n'étant rachetables que par convention, qui s'éteignoit par le laps du temps convenu, après quoi elles étoient immeubles, comme devenues rentes foncieres, *art.* 1, *tit.* 5.

En 1570, lors de la réformation, on jugea à propos d'y ajouter *l'art.* 2, qui porte que les rentes conſtituées à prix d'argent, ſont perpétuellement rachetables, & néanmoins, dit l'Article, ſont réputées immeubles.

Les Commentateurs prétendent que l'Article premier n'eſt pas corrigé par le ſecond; les rentes ſont toujours meubles dans cette Coutume, ne ſont ſujettes à hypotheque, & ſe partagent comme telles en ſucceſſion, & qu'elles ne ſont immeubles qu'à l'égard des gens mariés, en ſorte qu'elles ne ſont réputées immeubles que *ſecundùm quid;* c'eſt ce que confirme la Note de Me Julien Brodeau, *art.* 2 du *chap.* 5 de la Coutume de Bourgogne au nouveau Coutumier général.

Cette Juriſprudence m'avoit paru un peu ſinguliere, & j'avois cru qu'il étoit plus convenable de regarder les rentes, ou tout-à-fait comme meubles, ou tout-à-fait comme immeubles; mais M. Bouhier, *ch.* 25, *n.* 15, croit que les rentes ayant été affranchies de l'obligation de les affecter ſpécialement ſur des fonds, cette dette eſt dès-lors devenue de la nature de ce que les Romains appelloient *nomina*, qui étoient conſtamment regardés comme meubles. La Coutume n'a apparemment jugé à propos de déroger à ce droit, qu'à cauſe de la communauté, & c'eſt cette dérogation préciſément qui m'a paru ſinguliere; mais on a conſidéré, ſans doute, que les rentes étant le bien de quantité de familles, ces familles ſeroient dépouillées, ſi telles rentes entroient dans la communauté.

De cette différente maniere de regarder les rentes, en naiſſent des conſéquences bien différentes.

Dans les Coutumes où elles ſont regardées comme immeubles, elles ſont des propres, & ſuivent le côté & ligne dans les ſucceſſions. Les deniers mêmes procédants du rachat de celles appartenantes à des mineurs, ſont cenſés, durant la minorité, de même nature & qualité d'immeubles qu'étoient les rentes ainſi rachetées : elles ne tombent point dans la communauté des conjoints, & ſont par conſéquent des propres de communauté ; elles ne tombent point dans la garde, ſi ce n'eſt pour les arrérages ſeulement.

Il faut décider tout le contraire par rapport aux Coutumes, où telles rentes ſont réputées meubles. Me Maillart, Article 187 de la Coutume d'Artois, *n.* 30, de l'édition de 1739, cite un Arrêt du 7 Juillet 1737, qui a déclaré que le rachat des rentes rembourſées pendant la minorité des créanciers, n'avoit pas lieu en Artois, où, ſelon l'Article 140, les rentes rachetables ſont mobiliaires à tous effets, même, par conſéquent, dans la ſucceſſion d'un majeur interdit.

Dans la Coutume de Ponthieu, l'on admet deux ſortes de rentes, celles qui ſont hypothéquées, & celles non hypothéquées.

Les rentes hypothéquées ſont celles qui ſont imprimées & affectées ſur les fonds par les œuvres de la Loi.

Mais par l'Ordonnance de 1539, les Sentences donnant hypotheque aux actes & aux condamnations, on a ceſſé de pratiquer les œuvres de la Loi, & on s'eſt reſtreint à ne prendre que des Sentences ſur les actes.

Les Avocats de cette Province me manderent dans une affaire jugée au Siege d'Abbeville, que ces ſortes de rentes hypothécaires par Sentence, ne perdoient pas pour cela leur nature de meubles, & qu'elles ne devenoient immeubles qu'en pratiquant les œuvres de la Loi.

Voici à cette occaſion une queſtion qui m'a été propoſée.

Un homme domicilié à Paris, ſuccede à une tante domiciliée à Lyon. Cette tante avoit dans ſa ſucceſſion, une rente conſtituée ſur Particulier, que ſon neveu a recueillie comme ſon héritier. Il eſt depuis décédé à Paris, & a diſpoſé, par teſtament, de la totalité de cette rente.

Queſtion, s'il l'avoit pu, ſi cette rente étoit propre, ou ac-

quêt en ſa perſonne, & s'il falloit ſuivre la Coutume de Paris, domicile du teſtateur, ſuivant laquelle il n'avoit pu diſpoſer que du quint; ou ſi cette rente ayant été recueillie dans la ſucceſſion d'une Lyonnoiſe, rente qui n'avoit aucune affectation de côté & ligne, avoit continué d'être acquêt.

J'ai répondu qu'ayant été recueillie par ſucceſſion, comme immeuble, & par un domicilié dans une Coutume où les rentes ſont pareillement immeubles, & où les immeubles recueillis par ſucceſſion, ſont propres, cette rente devoit être régie par la Coutume de Paris, & étoit propre au Teſtateur, & qu'il n'en avoit pu diſpoſer que du quint, comme étant affectée au côté & ligne de la tante, ſuivant la Coutume de Paris.

Depuis j'ai trouvé dans les Manuſcrits de M^e Riot cette même eſpece propoſée, ainſi qu'il en ſuit.

Un pere demeurant en Mâconnois, Pays de Droit écrit, décédant, a laiſſé en ſa ſucceſſion pluſieurs rentes conſtituées à ſon fils unique.

En Pays de Droit écrit, *unius hominis unicum eſt patrimonium;* la regle *paterna paternis, materna maternis,* n'y a pas lieu.

Ce fils, après la mort de ſon pere, vient demeurer & s'établir à Paris, y décede ſans enfants, laiſſant pour héritiers préſomptifs des parents maternels à lui plus proches en dégré de parenté, & des parents paternels plus éloignés.

Entre ces parents, il s'éleve de la difficulté pour ſuccéder auxdites rentes conſtituées.

Les maternels, comme plus proches en dégré de parenté du défunt, en prétendent exclure les paternels.

Les paternels, au contraire, y prétendent ſuccéder comme à propres de leur ligne; ſur ce, quatre Avocats conſultés.

MM. Veſin & Tartarin ont été d'avis que les maternels y doivent ſuccéder.

MM. du Cornet & Vaillant de Guelis, au contraire, ont été d'avis que les paternels y ſuccedent comme à propres.

M. Mouſle, appellé pour les départager, a été d'avis que les héritiers paternels & des propres, doivent ſuccéder auxdites rentes.

Moi Riot j'ai été de cet avis, ce 9 Septembre 1710.

Malgré l'avis du plus grand nombre, je ne laiſſe pas que de trouver la queſtion fort difficile : la rente de la tante pater-

nelle n'avoit aucune affectation à la ligne paternelle plutôt qu'à la maternelle : ſi le domicilié à Paris, l'avoit été dans le Pays de Droit écrit, il eût recueilli cette rente, comme n'ayant aucune affectation à la ligne; mais parce que l'héritier ſe trouve domicilié à Paris, cette rente ne commence en ſa perſonne qu'une diſpoſition à être affectée par la ſuite des temps & des ſucceſſions à ſa ligne particuliere; mais en ſa perſonne propre, il ne recueille qu'une rente qui n'a aucune ligne : & puiſque de ſi grands conſultants ſe ſont trouvés diviſés entr'eux, il ne m'appartient pas de prendre aucun parti : j'avouerai néanmoins, modeſtement, qu'après un mur examen, j'aurois volontiers adopté la déciſion de Meſſieurs Veſin & Tartarin, ſans rougir de ma variation; n'ayant intention que d'expoſer ce qui me paroît aujourd'hui plus vraiſemblable, en me ſoumettant à la déciſion des Magiſtrats, dont les lumieres ſont ſupérieures.

Pour l'appui de cette déciſion, je crois pouvoir employer le raiſonnement ſuivant. Si le fils domicilié à Paris, avoit ſuccédé à un pere domicilié à Rheims, ce fils auroit ſuccédé à une rente meuble, & qui ne ſeroit devenue par la mort du pere immeuble que par la ſuite : car dans ce cas n'ayant recueilli qu'un meuble, ce meuble devenu immeuble, ne peut être qu'un véritable acquêt, ſans aucune affectation de ligne. A Paris, ce fils recueille, à la vérité, un immeuble, mais un immeuble qui n'a affectation à aucune ligne, & qui n'eſt par conſéquent en ſa perſonne qu'un acquêt de libre diſpoſition; il ſera regardé comme l'acquéreur de la rente, arrivant le partage de ſa ſucceſſion.

Dans le Coutumier général de M. de Richebourg, *ch.* 11, *art.* 3, de la Coutume de Montargis, on y lit la note ſuivante de M^e J. M. Ricard.

Pierre, créancier d'une rente qui avoit été conſtituée à ſon profit, décede, & laiſſe Jean ſon fils pour héritier, lequel, après la ſucceſſion échue, quitte le domicile de ſon pere qui étoit à Montargis, & vient s'établir en cette Ville de Paris. Il décede ſans enfants, & laiſſe deux héritiers, l'un du côté du pere plus éloigné, l'autre plus proche, mais qui étoit maternel : débat entre eux pour ſavoir qui ſuccédera (c'eſt préciſément l'eſpece de M. Riot) cette rente par la Coutume de Montargis appartient au plus proche, & par la Coutume de Paris, au parent

paternel. *Reſpondi*, que quoique la ſucceſſion de Jean fût échue à Paris, il falloit néanmoins conſidérer la Coutume de Montargis, pour juger de la qualité de la rente, & ſi elle étoit propre ou acquêt, attendu que cette qualité ne pouvoit avoir été imprimée que lors du décès du pere.... depuis lequel temps elle n'avoit pu changer de nature par la mutation du domicile.

Pour bien entendre cette déciſion de Me J. M. Ricard, il faut obſerver que dans la Coutume de Montargis on doit être non-ſeulement de la ſouche, c'eſt-à-dire, iſſu de l'acquéreur; mais encore que les héritages ſoient retrayables, c'eſt-à-dire, qu'ils aient ſouché au dégré de la perſonne qui ſe prétend être héritier, ſuivant Lhoſte ſur cette Coutume, & la note de Me Julien Brodeau.

Or ceux qui ſe préſentoient pour ſuccéder au fils qui étoit mort créancier de la rente conſtituée, dont il avoit hérité de ſon pere, pendant qu'ils étoient l'un & l'autre domiciliés à Montargis, étoient, à la vérité parents du fils: l'un étoit paternel & l'autre maternel; mais aucun d'eux n'étoit iſſu du pere acquéreur de la rente, ni dans le même dégré du fils.

Le plus proche du fils, étoit le parent maternel. Or en ſuivant la Coutume de Montargis, le parent maternel comme le plus proche devoit ſuccéder à la rente.

Au contraire, en ſuivant la Coutume de Paris, domicile mortuaire du fils, la rente devoit appartenir au parent paternel, quoique plus éloigné, parce qu'il étoit parent de côté & ligne de l'acquéreur, conformément à la Coutume de Paris.

Dans cette eſpece, Ricard veut qu'il faille ſuivre la Coutume de Montargis, quoique le domicile mortuaire fût à Paris: il conſidere que le domicile du pere & du fils, étant le même lorſque la rente en queſtion étoit échue au fils, elle n'a pas pu changer de nature, par le changement de domicile du fils; mais il ajoute que ſi le domicile du pere avoit été à Troyes, & celui du fils à Paris, & qu'il eût été queſtion de ſavoir ſi la rente ſeroit devenue meuble ou immeuble par la mutation du domicile du créancier, il en ſeroit autrement, parce qu'en ce cas on regarde ſeulement le temps de la ſucceſſion du dernier décédé; mais j'avouerai naturellement que je ne vois pas ſur quoi peuvent être fondées deux réſolutions ſi contraires.

Pour décider ſi une rente meuble à Troyes, peut devenir

immeuble par le changement de domicile de l'héritier qui l'a recueillie, s'il faut ſe fixer à la Loi du domicile de l'héritier, pourquoi n'en pas dire autant, quand il s'agit d'une rente receuillie à Montargis, comme propre par un homme qui depuis eſt venu demeurer à Paris : n'eſt-ce pas dans l'un & l'autre cas la Loi du domicile mortuaire de celui *de Cujus*, qui doit en décider? Si une rente meuble dans ſa création, peut devenir immeuble par changement de domicile, pourquoi de propre de ſouche, ne pourra-t-elle pas devenir propre de côté & ligne? n'eſt-ce pas également le domicile du créancier qu'il faut conſidérer au moment qu'il eſt queſtion de décider de ſa nature ou de ſa qualité? Elle eſt échue comme meuble, elle devient immeuble; elle eſt échue propre de ſouche, elle devient propre de côté & ligne : il ne paroît pas qu'il y ait aucune différence à faire de l'un à l'autre cas, parce que les actions ſuivant le domicile, c'eſt toujours le dernier domicile qu'il faut ſuivre, voyez *l'Obſerv.* 41.

Ricard à la ſuite de la même note, & en retenant ſa premiere eſpece d'un pere qui laiſſe dans ſa ſucceſſion à ſon fils une rente conſtituée, fait une ſeconde queſtion, & ſuppoſe que le fils fût domicilié à Paris; au lieu que dans la premiere eſpece, il le dit domicilié à Montargis avec ſon pere, & demande à quelle Coutume le fils venant à décéder, il faudroit avoir égard pour juger la rente propre ou non, & il répond, *eadem quæſtio;* mais ſi c'eſt *eadem quæſtio*, eſt-ce *eadem reſponſio?* car dans la premiere eſpece lors du décès du pere, le domicile du pere & du fils eſt à Montargis, & la qualité qui eſt imprimée à la rente, ne peut être que celle de la Loi de Montargis; mais quand le domicile du pere & du fils ſont différents, & contiennent différentes diſpoſitions, eſt-ce le domicile du pere qui imprimera la qualité à la rente, ou ſera-ce le domicile du fils? c'eſt ce que la note ne dit pas.

Dès que les rentes ont été jugées être volantes & perſonnelles, & pouvoir être conſtituées ſans aſſignat, ſoit général, ſoit ſpécial, on s'eſt écarté de la diſpoſition de la Bulle de Pie V, interprétative des deux Extravagantes *Regimini*. Cette Bulle diſpenſoit le débiteur de payer la rente, quand les fonds ſur leſquels elle étoit hypothéquée, étoient péris, & aujourd'hui parmi nous, ſoit que les fonds périſſent entiérement, ſoit qu'ils ſoient diminués notablement, la rente ne ſouffre d'extinction,

d'extinction, ou de diminution que par le rembourſement effectif de tout, ou de partie du principal; voyez du Molin, *quæſt.* 8, *n.* 134, *de uſuris*; de maniere même qu'un créancier de rente conſtituée, colloqué dans un ordre ſur le prix d'un fonds, ne peut exiger ſon rembourſement, qu'autant que ſa collocation eſt utile; & s'il eſt colloqué inutilement, ſa rente n'en devient pas pour cela exigible ſur les autres fonds, & il ne peut les ſaiſir, tant qu'il ne lui ſera pas dû d'arrérages.

Les rentes conſtituées à prix d'argent n'ayant plus eu beſoin d'aſſignat, ni général, ni ſpécial, on a ceſſé d'en prendre ſaiſine, puiſque ces rentes étoient toutes perſonnelles, & dès lors on ne les a plus regardées comme dettes publiquement connues, & la diſpoſition de *l'art.* 99 de la Coutume de Paris, ne doit plus avoir lieu qu'autant que le détenteur a été nommément par ſon contrat chargé d'acquitter ces rentes, ou que l'on prouveroit que lors de l'acquiſition, il en auroit eu connoiſſance par quelque acte fait avec lui pour ſes propres affaires, autrement on retombe dans *l'art.* 102.

Il eſt pourtant vrai qu'il eſt reſté dans pluſieurs Coutumes des veſtiges de l'ancienne Juriſprudence à cet égard : c'eſt la raiſon pour laquelle nous liſons encore en *l'art.* 101 de notre Coutume, que les Créanciers de rentes conſtituées, ſont diſpenſés de diſcuter le principal débiteur avant que de contraindre le détenteur au paiement des arrérages qui ſont dûs : cela pouvoit être de regle dans les temps, où par la ſaiſine, ces rentes étoient connues ou préſumées connues; mais les choſes étant changées, cela ne peut être reſté que par inadvertance dans notre Coutume.

C'eſt encore par l'ancienne raiſon que dans les Coutumes de Lodunois & de Touraine, & dans celles du Maine & d'Anjou, il y a actuellement des préférences pour les créanciers qui ont pris ſaiſine.

Me Ch. du Molin a fort critiqué ces ſortes de Coutumes: *conſuetudo videtur etiam ſentire*, des hypothécaires, *ſed hoc injuſtum*, dit-il, ſur *l'art.* 215 de la Coutume de Touraine, voyez encore ſa note ſur celle d'Anjou & du Maine, *art.* 476 & 479.

Me. Jean-Marie Ricard, *tit.* 13 de la Coutume de Senlis, en ſon Sommaire des remarques ſur les *art.* 273, 274 & 275 de cette Coutume, obſerve que les Coutumes d'Anjou & du

Maine, ſont demeurées abolies par un non uſage, & que les deniers procédants de la vente d'un immeuble, s'y diſtribuent entre les créanciers, par ordre de priorité & de poſtériorité de leurs hypotheques, ſans diſtinguer la qualité des dettes, & ſans admettre aucune contribution entre des créanciers hypothécaires, & que Me. Pierre de l'Hommeau en ſon Commentaire ſur *l'art.* 480 de la Coutume d'Anjou, rapporte un Arrêt donné ſur un appel du Juge de Laval, le 13 Septembre 1575, par lequel on voit que la Cour a autoriſé cette Juriſprudence dans les Coutumes du Maine & d'Anjou, quoiqu'elle ſoit directement contraire à la diſpoſition de ces Coutumes qui n'ont point été réformées, & qui ſont ſeulement demeurées détruites par un uſage contraire & par la raiſon.

Mais il obſerve que dans les Coutumes de Senlis, Clermont & Valois, ces privileges de ſaiſine & les autres regles introduites en conſéquence, ont été conſervés, & que le privilege de la ſaiſine n'a plus eu de contradicteurs que les ſouhaits des gens de bien.

Qu'ainſi dans la Coutume de Senlis, en fait d'ordre du prix d'un immeuble, il faut colloquer au premier rang les créanciers des rentes conſtituées enſaiſinées, du jour de leur enſaiſinement. Enſuite les créanciers des rentes non enſaiſinées, qui touchent par contribution entre eux, & qu'au dernier rang ſont mis les créanciers des dettes à une fois payer, à l'égard deſquelles on ſuit entre eux l'ordre de leur hypotheque, ſans que les ſaiſines que l'on pourroit obtenir ſur ces ſortes de dettes, puſſent en faire changer l'ordre, ou leur donner aucune préférence, ni même empêcher qu'elles ne ſoient préférées par les rentes.

Mais ce même Auteur obſerve qu'à l'égard des loyers d'un bail, reſtitution de dot, douaire, reliquat d'un compte de tutele & autres ſemblables, on les a laiſſés dans les dates de leurs hypotheques, au regard de toutes ſortes de dettes hypothécaires indiſtinctement, raiſon pour laquelle on les appelle dettes privilégiées.

St. Leu ſur la même Coutume, ès articles ci-deſſus, obſerve que dans cette Coutume, ſuivant l'article 164, hypotheque a lieu par-tout le Bailliage de Senlis; c'eſt-à-dire, l'ordre de priorité, ou poſtériorité dans la diſtribution du prix des héritages.

Que cette hypotheque eſt produite par contrat, ou obliga-

tion paſſée pardevant Notaire Royal, ou Authentique, on depuis l'Ordonnance de Moulins, par Sentence, ou Arrêt.

Qu'il ne faut aucune ſaiſine, ni inféodation pour opérer cette hypotheque.

Que par conſéquent dans cette Coutume il faut ſuivre l'ordre de priorité, ou poſtériorité pour les rentes conſtituées, comme pour toute autre créance hypothécaire.

Que ce qui dérange ces principes généraux dans la Coutume de Senlis, c'eſt, 1°, la préférence qu'elle donne aux rentes conſtituées, enſaiſinées, ou inféodées contre les rentes non inféodées, ni enſaiſinées, & ce, non pas ſuivant la date des contrats de rente, mais ſuivant la date des ſaiſines.

2°, C'eſt encore la préférence que donne la même Coutume aux rentes conſtituées, enſaiſinées, ou non ſur toutes les dettes pour une fois payer, ſoit que ces dettes pour une fois payer, ſoient pour prêt, ou pour vente de marchandiſes, ces ſortes de dettes mobiliaires conſervant néanmoins entre elles la priorité, ou la poſtériorité.

Qu'ainſi pour faire un ordre dans les regles de la Coutume, il faut colloquer d'abord le cens, ſur-cens, droits ſeigneuriaux, rentes propriétaires & charges foncieres.

Il faut enſuite colloquer tous les créanciers dans leur ordre d'hypotheques.

Mais comme les rentes enſaiſinées l'emportent ſur les rentes non enſaiſinées, & celles-ci ſur celles pour prêt, ou vente de marchandiſes, les créanciers des rentes enſaiſinées, quoique poſtérieurs, prennent la collocation des dettes plus anciennes, qui ne conſiſtent qu'en rentes non enſaiſinées, ou en ſommes de prêt.

Après cette premiere opération les créanciers de rentes non enſaiſinées prennent la collocation des dettes à une fois payer qui peuvent reſter, antérieures à elles; mais à cet égard on fait une maſſe de ces dettes antérieures, & cette maſſe ſe contribue entre tous les créanciers de rentes non enſaiſinées. Enſuite les créanciers pour une ſomme à une fois payer, ou pour marchandiſes, viennent entre eux par ordre d'hypotheque, & enſuite les créanciers chirographaires.

Dans ce ſyſtême, les dettes autres que celles pour rentes enſaiſinées, ou non, & celles pour prêt, ou marchandiſes, conſervent la place de leurs hypotheques; aucunes dettes ne ſe dé-

rangent; tout le mouvement ne ſe fait qu'en faveur des rentes; les enſaiſinées dérangent les non enſaiſinées, en obſervant entre elles la date de leur ſaiſine. Ainſi la plus ancienne enſaiſinée l'emporte ſur une plus ancienne de date, mais enſaiſinée poſtérieurement; ces mêmes rentes dérangent encore les obligations pour prêt, ou marchandiſes, viennent enſuite les rentes non enſaiſinées qui prennent ce qui peut reſter des obligations pour prêt, ou marchandiſes; mais ce reſtant, elles le contribuent entre elles. Il n'y a que les obligations pour prêt, ou marchandiſes qui ſoient dans le dernier rang des hypothécaires, & par ordre d'hypotheque entre elles; & s'il n'y a pas de rentes, toutes ſortes de dettes gardent le rang de leurs hypotheques.

La ſaiſine, dans ces Coutumes, ne diſpenſe pas le créancier de former oppoſition à la ſaiſie réelle des immeubles du débiteur. Jugé par Arrêt du 7 Septembre 1688: en voici les termes. « La Cour ayant égard aux concluſions du Procureur-» Général du Roi, ordonne qu'à l'avenir, & ſans tirer à con-» ſéquence pour le paſſé, l'Edit du 3 Septembre 1551, touchant » les criées & l'Arrêt d'enrégiſtrement d'icelui, du 23 Novem-» bre enſuivant, ſeront exécutés ſelon leur forme & teneur, » dans tous les Sieges & Juriſdictions des lieux qui ſont régis » par les Coutumes d'Anjou & du Maine; & en conſéquence » que tous prétendants droits non ſeigneuriaux & cenſiers, » fonciers, ou autres ſur les héritages ſaiſis réellement, ſeront » tenus de s'oppoſer pour les droits & pour les arrérages d'iceux, » & fournir leurs cauſes & moyens d'oppoſitions, lettres & » titres dans huitaine, pour tout délai, après l'aſſignation, rap-» port, ou renvoi deſdites criées, ou du jour qu'ils ſe ſeront » oppoſés, & que tous héritages criés ſeront adjugés à la charge » des droits & devoirs ſeigneuriaux, & mis à des criées, com-» me auſſi des charges réelles & foncieres qui ont été jugées » être légitimement dûes. A cette fin ſera le préſent Arrêt lu » & publié, l'Audience tenant, & enrégiſtré eſdits Sieges & » Juriſdictions. Enjoint aux Subſtituts de notre Procureur-» Général auxdits Sieges, & aux Procureurs-Fiſcaux des Juſtices » des Seigneuries dans leſquelles on peut faire des décrets, de » tenir la main à l'exécution d'icelui.

Enfin on a ceſſé de conſidérer ces rentes du côté des hypotheques, & de les faire régir par la Loi de la ſituation des fonds

hypothéqués : nous les regardons comme attachées à la perſonne du créancier, & nous leur faiſons ſuivre la Loi de ſon domicile. L'obligation perſonnelle, comme plus noble, attire l'obligation hypothécaire qui n'eſt qu'acceſſoire. Nous en avons pluſieurs Arrêts rendus ſucceſſivement depuis plus de 120 ans, que l'on peut voir dans Brodeau, *Lettre R, ſomm.* 31 ; dans le Prêtre, *cent.* 1, *ch.* 79 ; & dans Gouget, *Traité des Criées, page* 314, & notamment l'Arrêt de 1607 qui ſert de réglement. Voyez auſſi Carondas, *liv.* 6, *ch.* 34, *& liv.* 11, *ch.* 42 *de ſes Réponſes.*

C'eſt la raiſon pour laquelle, par *l'art.* 348 de notre Coutume de Paris, quand une rente conſtituée par un Particulier, eſt ſaiſie & miſe en criée, il ſuffit de faire les criées devant la principale porte de l'Egliſe Paroiſſiale du ſaiſi créancier de ladite rente, & il faut mettre affiches & panonceaux, tant contre la maiſon dudit ſaiſi, qu'en la principale porte de ladite Egliſe & Paroiſſe dudit ſaiſi créancier de ladite rente.

C'eſt par la même raiſon que la donation d'une rente conſtituée doit être inſinuée en la Juriſdiction du domicile du donateur, créancier & propriétaire d'icelle, & non point ailleurs, ſuivant l'Arrêt de 1606, donné en la Chambre de l'Edit, (V. le Prêtre, *cent.* 1, *ch.* 44,) à la différence des rentes foncieres qui, à leur égard, ſuivent toujours la Coutume de la ſituation des biens chargés deſdites rentes, & dont la donation doit être inſinuée, tant en la Juriſdiction de la ſituation, qu'au domicile du donateur. Auſſi les criées s'en font-elles en la même forme que des héritages ſujets auxdites rentes, ſuivant l'Article 349 de la Coutume de Paris.

Par la force & la conſéquence de ces principes, il faut dire que la veuve d'un homme marié & domicilié à Paris, aura pour douaire, moitié des rentes qui appartenoient à ſon mari au jour de ſon mariage, encore que les débiteurs ſoient domiciliés en Normandie, qui ne donne que le tiers pour douaire.

2°, Que les rentes acquiſes par des conjoints domiciliés à Paris, tomberont dans le don mutuel d'entre eux, encore que les débiteurs fuſſent domiciliés en Normandie, où la Juriſprudence eſt différente, ſuivant l'Arrêt de Miroſménil, du 31 Janvier 1663.

Pareille choſe avoit été jugée par Arrêt du 7 Septembre 1650, rapporté par Brodeau, ſur M. Louet, *Lettre R, ſomm.* 31, pour

des rentes dûes à des conjoints de Châteaudun, par des Particuliers de la Ville d'Issoudun, & qui tomberent dans le don mutuel qu'ils s'étoient fait conformément à la Coutume du Dunois.

3°, Que la femme domiciliée à Paris, où le Sénatusconsulte Velleien n'a point lieu, pourra, par des interceſſions, engager les rentes qui lui ſont dûes par des perſonnes domiciliées en Normandie. Arrêt du 7 Août 1698, rendu au Rapport de M. l'Abbé Pucelle, en la troiſieme Chambre des Enquêtes, en faveur de M. Antoine Portail, Conſeiller au Parlement; & ſi, par la ſuite, cette même femme venoit demeurer en Normandie, elle ne pourroit plus engager ces rentes. Arrêt du 4 Mars 1693, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, rapporté par M. Froland en ſon Sénatuſconſulte Velleien.

4°, Que la femme domiciliée à Paris, ayant des rentes qui lui ſont dûes en Normandie, & venant à décéder, ſes enfants n'auront point de douaire ſur ces rentes, encore qu'ils renoncent à ſa ſucceſſion, parce que ſi la Coutume de Normandie, en l'Article 404, donne douaire aux enfants ſur les biens de leur mere, la Coutume de Paris, domicile du mariage & de la mere au jour de ſon décès, n'en donne point.

5°, Mais un homme marié & domicilié en Normandie, jouira, à titre de viduité, des rentes conſtituées appartenantes à ſa femme, encore que ces rentes ſoient à prendre ſur des fonds ſitués ailleurs.

6°, Le teſtament d'un créancier qui étant domicilié à Paris au jour de ſon décès, aura diſpoſé de la totalité des rentes conſtituées par lui acquiſes, ſera bon & valable, encore que ces rentes lui fuſſent dûes par des domiciliés en Normandie, ſans qu'il ſoit néceſſaire d'examiner s'il a ſurvécu les trois mois, conformément à l'Article 422 de cette Coutume, parce que cette queſtion ceſſe du moment que, d'un côté, le teſtament eſt fait par un domicilié à Paris; & que de l'autre, les rentes acquiſes par le Teſtateur, ſont régies par la Coutume de Paris, lieu de ſon domicile.

Me. Maillart, en ſon Commentaire ſur l'Article 140 de la Coutume d'Artois, *n.* 50 de l'ancienne édition, & 95 de la nouvelle, décide que ſi une rente rachetable eſt créée à Paris, payable à Paris par un Bourgeois de Paris qui y affecte des héritages y ſitués, au profit d'un habitant d'Artois, cette rente

conſtituée eſt meuble, tant en diſpoſition, qu'en ſucceſſion; elle tombe en communauté, elle n'eſt pas ſujette à l'action hypothécaire des créanciers du Propriétaire, elle eſt déférée à l'héritier des meubles; & au cas qu'elle ſoit échue à titre ſucceſſif, l'on ne ſera tenu d'obſerver aucune des trois voies preſcrites par les Coutumes d'Artois, pour l'aliénation des propres.

Sur ce principe, par Arrêt d'Audience, rendu le 17 Janvier 1701, infirmatif de la Sentence rendue au Châtelet de Paris, le 17 Août 1700, la rente vendue par des perſonnes demeurantes à Gravelines en Flandres, reſſort du Conſeil Provincial d'Artois, a été déchargée de la demande en déclaration d'hypotheque, quoiqu'elle ait été créée à Paris, qu'elle fût hypothécaire ſur des héritages ſitués à Paris, & que le débiteur demeurât à Paris.

Il eſt vrai que la Coutume de Normandie ſuit encore aujourd'hui l'ancienne Juriſprudence, & détermine la nature des rentes par la Loi de la ſituation des hypotheques; mais ſuivant M. Froland en ſes Mémoires ſur les Statuts, *tom.* 1, *part.* 2, *ch.* 7, cette Juriſprudence n'a lieu que quand le créancier, & les fonds hypothéqués ſont tous régis par la Coutume de Normandie : on a été obligé de donner dans cette Coutume une ſorte d'aſſiette aux rentes conſtituées, pour pouvoir fixer le droit des femmes ſur les rentes conſtituées acquiſes pendant le mariage à cauſe de *l'art.* 329, qui accorde à la femme, après la mort de ſon mari, différentes portions, ſoit en uſufruit, ſoit en propriété ſur les conquêts, ſelon qu'ils ſont faits en Bourgage, ou hors Bourgage dans l'étendue d'un Bailliage, ou d'un autre; mais il n'eſt pas poſſible d'appliquer cette Juriſprudence hors le concours des cas ci-deſſus, parce que les inconvénients en ſeroient inſurmontables: ils ſont parfaitement détaillés dans un Mémoire que M. Froland rapporte, *page* 1318 & 1319, *tom.* 2, de ſes Statuts, lequel eſt de M. Gréard ſon oncle, & c'eſt annoncer un Mémoire profond & ſavant, que d'annoncer ſon Auteur qui étoit l'aigle des Avocats du Parlement de Normandie.

Cette Juriſprudence particuliere du Parlement de Normandie, de ſoumettre les rentes à la Loi de la ſituation des biens hypothéqués, reçoit une exception conſidérable dans le cas d'un mariage avenant à fournir aux filles non mariées, & non rappellées à la ſucceſſion.

Dans cette Coutume, en la liquidation du mariage avenant on ne fait entrer que les biens ſoumis à la Coutume, & les filles prennent part dans les biens ſitués ailleurs, ſuivant les différentes Coutumes où ils ſont ſitués.

Mais à cette occaſion il s'eſt élevé la difficulté de ſavoir ſi dans la liquidation du mariage avenant, on ne devoit pas, contre la Juriſprudence précédente, faire entrer les rentes appartenantes aux peres & meres des filles.

Cette queſtion a été long-temps agitée, & on en a fait un grand doute parmi les Juriſconſultes de Normandie; mais cette queſtion a été enfin pleinement décidée par Arrêt du 20 Février 1652, rapporté par Monſieur Etienne Evrard dans ſa méthode, pour liquider le mariage avenant, & par M. Henri Baſnage en ſon Commentaire ſur cette Coutume, *art.* 262.

On décida par cet Arrêt que dans la liquidation du mariage avenant, les rentes conſtituées devoient y entrer, & que ces rentes devoient ſervir à compoſer le mariage avenant, plaidant M^e. Mauri pour les filles qui demandoient à partager ces rentes ſuivant la Coutume de la ſituation des biens, & M^e. Carrue pour les mâles qui s'oppoſoient au partage, & l'on jugea en termes formels, dit Evrard, que les filles non réſervées à la ſucceſſion, ne pouvoient avoir que mariage avenant ſur ces ſortes de rentes, ainſi que ſur les biens de Normandie; & cet Auteur ajoute que cela a encore été jugé depuis par d'autres Arrêts, tellement que c'eſt une maxime dont on ne doute plus à préſent, & qu'on doit ſuivre, par conſéquent, dans la liquidation des mariages avenants.

Les parties plaidantes étoient les nommés Hondebourg, pour la ſucceſſion de la nommée Bellon leur mere, domiciliée à Alençon.

Ainſi dans cette Coutume, il y a, au ſujet des rentes échues par ſucceſſion, deux ſortes de Juriſprudence contraire : quand il s'agit du partage d'une ſucceſſion en Normandie, compoſée de rentes, on ſuit la Juriſprudence des lieux où les biens hypothéqués ſont ſitués; & quand il s'agit de la liquidation du mariage avenant, c'eſt la Coutume de Normandie où la ſucceſſion eſt ouverte qui régit ces rentes.

Quant au Parlement de Paris, il ſuit inconteſtablement la Loi du domicile du créancier, pour régler la nature des rentes conſtituées

conſtituées, ſuivant le témoignage de Ricard, *art.* 94, de la Coutume de Paris: il reſte encore, dit-il, quelques Coutumes qui donnent la qualité de meubles aux rentes conſtituées, de ſorte que c'eſt une queſtion de ſavoir, ſuppoſé que le créancier & le débiteur aient leurs domiciles, ou même des héritages affectés & hypothéqués à telles rentes, ſitués ſous différentes Coutumes, laquelle il faut ſuivre pour établir la qualité de ces rentes: cette queſtion a été autrefois agitée de part & d'autre; mais à préſent on ne doute plus qu'il ne faille ſuivre le domicile du créancier, quand même il y auroit des héritages particuliérement & ſpécialement affectés à la rente. Le plus ancien Arrêt que l'on en rapporte, eſt celui vulgairement appellé de Parthenay, du 1 Juin 1571, dont l'original eſt en mes mains: il y en a eu un autre ſolemnel, du 7 Mars 1598; ce dernier Arrêt eſt cité dans Péleus, en ſes *Actes for. liv.* 4, *art.* 86, & rapporté tout au long par le même Auteur, en ſes Queſt. Illuſt. *queſt.* 76. Enfin il y en a un du 22 Février 1607.

Voici l'eſpece qui a été jugée en la Grand'Chambre, par Arrêt du 5 Mai 1733.

En 1728, la Dame du Bourg décéda ſans enfants, au Château du Bourg, en Normandie, où elle avoit ſon domicile.

Elle laiſſa pour héritiers préſomptifs, M. Berrier de la Ferriere, Conſeiller d'Etat ſon frere; M. Berrier de Ravenouville, Conſeiller en la Cour ſon neveu, fils de défunt M. Berrier, Procureur-Général au Grand-Conſeil, & le Comte du Marais autre neveu, fils d'une ſœur.

Dans la ſucceſſion de la Dame du Bourg, ouverte en Normandie, où elle étoit domiciliée, il s'eſt trouvé pour 166000 livres de capitaux de rentes conſtituées ſur M. le Duc & ſur d'autres débiteurs, dont les biens hypothéqués à ces rentes, étoient ſitués hors la Province de Normandie.

La queſtion qui ſe préſentoit à juger, étoit de ſavoir ſi par rapport à ces rentes, il falloit ſuivre le domicile de la créanciere, & par conſéquent partager ces rentes comme on partage tous autres immeubles réels dans la Coutume de Normandie, ou, au contraire, s'il falloit ſuivre les Coutumes de la ſituation des immeubles hypothéqués à ces rentes, conformément à la Juriſprudence de Normandie.

En ſuivant la Coutume de Normandie, le Comte du Marais, comme fils d'une ſœur de la Dame du Bourg, étoit ex-

clus aux termes de *l'art.* 309, de cette Coutume, qui porte que les freres excluent les ſœurs, & les deſcendants des freres excluent les deſcendants des ſœurs étant en pareil dégré, & en ſuivant la Juriſprudence de Normandie, il falloit l'admettre à partage pour les rentes hypothéquées ſur les biens ſitués hors la Normandie.

Aux Requêtes du Palais en la deuxieme Chambre, le Comte du Marais avoit été admis à concourir avec M. de la Ferriere ſon oncle, & avec M. de Ravenouville ſon couſin-germain, fils d'un frere de la défunte; en ſorte que Meſſieurs des Requêtes du Palais avoient jugé qu'il falloit ſuivre la Juriſprudence, & non la Coutume de Normandie, & par conſéquent partager les rentes ſuivant les Coutumes de la ſituation des biens hypothéqués; mais par l'Arrêt rendu ſur les concluſions de M. Gilbert, Avocat-Général, l'appellation, & ce, furent mis au néant, émandant, la Dame de Guibermeſnil, fille du Comte du Marais, & ſa donataire entre vifs par contrat de mariage, fut déboutée de ſes demandes & condamnée aux dépens. M. l'Avocat-Général ſe détermina par le Droit commun & par la perſonnalité des rentes : comment, obſerva-t-il, régleroit-on le droit de ſuccéder à une rente portée par une ſimple promeſſe de paſſer contrat de conſtitution, laquelle n'engendre point d'hypotheque? & comment régleroit-on celle qui ſeroit due par un débiteur qui n'auroit eu aucuns fonds immeubles? & il crut qu'il falloit en revenir au Droit commun, & régler les rentes par la Loi du domicile du créancier. Il ajouta même que s'il y avoit une Juriſprudence contraire au Parlement de Normandie, elle n'étoit pas réguliere.

Ce principe général ne ſouffre exception que par rapport aux rentes ſur l'Hôtel-de-Ville, & celles du Clergé qui ſe paient auſſi à l'Hôtel-de-Ville. Brod. ſur M. Louet, *Lettre R. Somm.* 31.

Il ſembleroit par la même raiſon que les autres rentes dues par les Etats des Provinces, devroient ſuivre la Loi du Bureau où elles ſe paient. Rodenburgh en donne ici une raiſon, qui eſt que par rapport à ces rentes, toute perſonnalité ceſſe, & qu'il n'y a qu'un engagement pur réel. M. Maillart l'a penſé de même dans ſes notes ſur Artois; M. Bouhier, *ch.* 25, *n.* 75, s'eſt rangé de ce parti, & j'en avois fait une regle en mon Diſcours préliminaire des queſtions mixtes, *reg.* 9.

J'ai remarqué depuis qu'au Palais on réſiſte à cet avis, lequel on n'admet que pour les rentes ſur l'Hôtel-de-Ville de Paris, & celles du Clergé de la même Province, comme ci-deſſus; & l'on eſtime que toutes les autres ſuivent le domicile du créancier, & enfin la queſtion vient d'être jugée ſolemnellement dans l'eſpece ſuivante.

Madame Tallard d'Holſtun, fille de M. & Madame de Prie, eſt décédée mineure domiciliée à Paris : elle avoit pour héritier de ſes meubles & acquêts, M. de Prie ſon pere, & pour héritiere de ſes propres maternels, Madame de Plaineuf ſon aïeule maternelle.

Il s'eſt trouvé dans ſa ſucceſſion des effets qui avoient été acquis du pix des rentes rembourſées par les Etats de Bourgogne, au principal de 200000 livres, & qui lui venoient de la ſucceſſion de Madame de Prie ſa mere, décédée domiciliée auſſi à Paris.

M. de Prie ſon pere, vouloit ſuccéder à ces effets comme acquêts au moyen de ce qu'ils tenoient lieu des rentes rembourſées, leſquelles il prétendoit devoir ſe régir par la Coutume de Bourgogne, où ces ſortes de rentes ſont meubles.

Sa raiſon étoit qu'elles devoient ſuivre la Loi du Bureau où elles devoient être payées, & où elles avoient leur aſſiette à l'inſtar des rentes ſur l'Hôtel-de-Ville.

Madame de Plaineuf les prétendoit comme immeubles propres de ſon côté, attendu que ces effets remplacés tenoient lieu dans la ſucceſſion de ſa petite-fille des rentes qui dans le principe étoient régies par la Coutume de Paris, domicile de la Dame d'Holſtun ſa petite-fille, & de Madame de Prie ſa fille, & elle ſoutenoit que c'étoit le domicile du créancier qu'il falloit ſuivre.

Ainſi jugé en faveur de Madame de Plaineuf, par Arrêt du 23 Février 1741, en la Grand'Chambre, audience extraordinaire, plaidants MM. Cochin & Gueau de Reverſeaux. Voyez le Recueil de Juriſprudence, réimprimé en 1746, par M. Guy du Rouſſeau de la Combe, *verbo* rentes, *ſect.* 4, *n.* 11.

M. le P. Bouhier, *ch.* 25, *n.* 72, de ſon 1er vol. ſur Bourgogne, obſerve que beaucoup de gens ont été allarmés de cet Arrêt pour leur Province : il croit que *l'art* 47, qui eſt *l'art.* 2, *du tit.* 5 de la Coutume, qui répute les rentes conſtituées immeubles, a pu y donner lieu; mais il promet de nous expli-

quer cet Article par la suite, & cependant il estime qu'il seroit à propos qu'il plût au Roi de déclarer sa volonté.

Son second volume vient d'être donné au Public depuis son décès ; je n'ai pas trouvé qu'il y soit traité des rentes.

Pour faciliter d'autant mieux l'acquisition des rentes sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, & inviter les étrangers à les acquérir, le Roi par sa Déclaration de 1715, a dérogé à la réalité en leur faveur, & a voulu que ces rentes suivissent la Loi de leur domicile.

Le domicile du créancier de la rente que nous disons devoir être suivi, n'est pas toujours le domicile qu'avoit le créancier au jour de la constitution. C'est de droit ordinaire le domicile actuel, au moment qu'il est nécessaire d'en fixer la nature.

C'est pourquoi si un homme, lors de la constitution, étoit domicilié dans une Coutume où les rentes sont immeubles, & que depuis il ait été demeurer dans une Coutume où elles sont meubles, la rente, d'immeuble qu'elle étoit au moment de la constitution, deviendroit meuble en la personne du créancier ; & s'il décédoit dans cette nouvelle Coutume, ses héritiers demeurants même en Coutumes où les rentes sont immeubles, y succéderoient comme à un véritable meuble ; de maniere que ces rentes recueillies comme meubles, deviendront, à la vérité, dans la personne de ses héritiers, à raison de leur domicile, des rentes immobiliaires ; mais ayant été recueillies comme meubles, elles seront acquêts immeubles dans leurs successions, & partagées comme tels, suivant l'Arrêt du 14 Mars 1697, rendu en la troisieme Chambre des Enquêtes, au Rapport de M. Maingui, au sujet de la succession de la Dame Machault, & rapporté Question 11 de mes Dissertations mixtes. Voyez Saligny, *art.* 131 *de la Coutume de Vitry*.

De même si un mari & une femme sont mariés, étant domiciliés en Normandie, que la femme soit propriétaire de rentes constituées, & que ce mari étant venu demeurer à Paris, sa femme y décede, il n'aura pas droit de viduité sur ces rentes, parce que la Coutume de Paris, qui régit ces rentes au jour du décès de la femme, n'accorde point de droit de viduité à un mari, & qu'un pareil droit est absolument réel.

Quand nous disons qu'il faut suivre le domicile actuel du créancier de la rente, pour en déterminer la nature par pré-

férence à tout autre domicile, même à celui exiſtant au jour de la conſtitution; cela eſt vrai, dans le cas de ſa ſucceſſion & autres; mais quand précédemment un tiers a un droit acquis ſur ces rentes, cette déciſion n'a plus d'application; autrement ce ſeroit favoriſer la fraude & la banqueroute; & voici à cette occaſion l'Arrêt qui eſt intervenu.

La veuve Paucheron & ſes enfants demeurants dans la Ville de Châlons, vendirent en 1676 & en 1678 à François l'Evêque, Marchand à Rheims, pluſieurs parties de rentes conſtituées à prendre ſur différents Particuliers.

En 1681 Jean Rauſſin, Bourgeois de Châlons, qui étoit ancien créancier hypothécaire de la veuve Paucheron & de ſes enfants, fit aſſigner l'Evêque acquéreur, en déclaration d'hypotheque, pardevant les Préſidiaux de Rheims, où Sentence intervint le 8 Avril 1686, qui déclara le Demandeur non-recevable & mal fondé en ſa demande en déclaration d'hypotheque, & le condamna aux dépens.

Le motif de cette Sentence fut qu'à la vérité, *l'art.* 121 de la Coutume de Châlons, domicile des vendeurs, répute les rentes immeubles juſqu'au rachat; que néanmoins ces rentes ayant été acquiſes par un homme domicilié à Rheims, où les rentes ſont meubles, elles avoient changé de nature, & n'étoient plus ſuſceptibles d'hypotheque. *Mutatione perſonæ, mutatur qualitas rei.*

Il y eut appel de cette Sentence en la Cour. Le procès fut conclu & diſtribué à M. de Vienne; & par l'Arrêt qui intervint le 19 Août 1687, la Sentence du Préſidial de Rheims fut infirmée, & les rentes acquiſes par l'Evêque, furent déclarées affectées & hypothéquées à la créance des Appellants. Le motif de déciſion fut qu'ils avoient un droit acquis ſur les rentes en queſtion, & que la vente qui en avoit été faite à un domicilié à Rheims, où les rentes ſont meubles, n'avoit pas pu le priver de ce droit. Suivant la Loi 15, au *Cod. de pig. & hypot. Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommiſſum relinquentem poſſe deteriorem facere creditoris conditionem, certiſſimum eſt.*

Voici une ſeconde eſpece où l'on a jugé qu'un créancier qui, dans le principe de la conſtitution, demeuroit dans une Coutume où les rentes ſont immeubles, n'avoit pu changer de domicile au préjudice de ſon créancier.

Pierre-Antoine Colin de Liſle, Gentilhomme originaire de Vertus en Champagne, où les rentes ſont meubles, avoit exercé dans la Finance différentes commiſſions & emplois, en pluſieurs endroits. Le dernier qu'il exerça fut à Châlons, Coutume particuliere où les rentes ſont immeubles.

Du chef de ſa mere, décédée à Vertus, il étoit Propriétaire de pluſieurs biens fonds & de deux rentes, chacune de 75 livres; & en 1735 il avoit acquis une aſſez grande maiſon à Vertus, où il avoit tranſporté ſa femme, ſes enfants, ſon argenterie, ſon linge & autres effets.

En 1739, il acheta du ſieur Cazin & de la Dame ſon épouſe, des terres & vignes ſiſes à Vertus, & pour cela il prit en conſtitution 3000 livres du ſieur de Charmois, produiſant 150 livres, & 4000 livres du ſieur de l'Epine, produiſant 200 livres de rente; & pour lors l'emploi qu'il exerçoit, étoit à Châlons, peu éloigné de Vertus, en ſorte que pour avoir la facilité de vendre les fruits, vins & récoltes qu'il faiſoit à Vertus, & néanmoins jouir des privileges des Bourgeois de Châlons, il s'étoit fait inſcrire parmi les Bourgeois de cette Ville, & y payoit la capitation, quoique ſa femme & ſes enfants fuſſent toujours réſidants à Vertus; les ſieurs Charmois & de l'Epine exigerent de lui qu'il paſſât ſes contrats de conſtitution à Châlons, & qu'il s'y dît domicilié, & cela par les raiſons qui vont être dites.

En 1747, le ſieur de Liſle vendit aux ſieurs Chantrenne & Martin les deux rentes, chacune de 75 livres, dont il étoit propriétaire du chef de ſa mere.

Les affaires du ſieur de Liſle s'étant dérangées, il y eut une premiere demande en déclaration d'hypotheque, formée par le ſieur Louis, l'un de ſes Créanciers, contre les ſieurs Chantrenne & Martin, acquéreurs des deux rentes; mais ledit ſieur Louis, créancier, s'étant pourvu par ſaiſie réelle des biens du ſieur de Liſle, & les biens ayant été vendus, il fut payé de ſes créances, en ſorte que cette premiere demande en déclaration d'hypotheque, n'eut point de ſuite.

Les ſieurs Charmois & de l'Epine, créanciers des deux rentes ci-deſſus, qui étoient intervenus dans le cours de cette ſaiſie réelle, n'ayant pu être payés ſur les biens vendus, ſe pourvurent en 1757, en déclaration d'hypotheque au Bailliage de Châlons, contre les ſieur Chantrenne & héritiers Mar-

tin, acquéreurs des deux rentes, chacune de 75 livres.

Les ſieurs Chantrenne & héritiers Martin, conteſterent cette demande; ils prétendirent que le domicile du ſieur de Liſle n'étoit point à Châlons, mais à Vertus, où les rentes ſont meubles, que par conſéquent ils n'avoient acquis qu'un meuble qui n'étoit point ſuſceptible d'hipotheque.

La cauſe portée en la Juriſdiction de Châlons, il y intervint une Sentence, le 10 Juillet 1759, qui condamne le ſyſtême du ſieur Chantrenne & des héritiers Martin.

*Appel de cette Sentence.*

Me Elie de Beaumont fut chargé pour les appellants : il fit un grand Mémoire, où perſiſtant dans le ſyſtême propoſé en premiere inſtance, il ſoutint que le ſieur de Liſle n'avoit jamais été domicilié à Châlons, mais à Vertus, & il en rapportoit effectivement les preuves ci-deſſus, & ſur ce fondement, il établit que les rentes prenoient leur nature, de la Loi du domicile du créancier; d'où il concluoit que le ſieur de Liſle, domicilié à Vertus, n'avoit vendu aux ſieurs Chantrenne & Martin qu'un effet mobilier, qui n'étoit par conſéquent point ſuſceptible d'hypotheque.

Me Gervaiſe, chargé pour les intimés, ne conteſtoit pas le principe général, que les rentes prennent leur nature du domicile du créancier; mais il ſoutenoit que les contrats des intimés ayant été paſſés à Châlons en 1739, que le ſieur de Liſle s'y étant dit domicilié, que s'étant fait inſcrire dans l'état des Bourgeois de Châlons, que jouiſſant des droits & privileges dont jouiſſent les Bourgeois de cette Ville, & en ayant joui juſqu'en 1745, le ſieur de Liſle étoit véritablement domicilié à Châlons; d'où il concluoit que les deux rentes par lui vendues, étoient immeubles; qu'elles avoient été affectées d'hypotheque; que par conſéquent il n'avoit pu par ſa tranſlation de domicile en Coutume contraire, préjudicier à l'hypotheque qu'ils avoient acquiſe ſur leſdites rentes, en ſorte que toute la queſtion ne pouvoit rouler que ſur celle de ſavoir, ſi l'on ſuivroit la Loi du domicile du créancier, au jour de la conſtitution, ou ſi l'on ſuivroit la Loi de ſon domicile, au jour de la vente qu'il avoit faite de ſes deux rentes en 1747.

Au premier cas, il ne pouvoit y avoir de difficulté, que ſi le

ſieur de Liſle étoit domicilié à Châlons au jour de la conſtitution, c'étoit la Loi de Châlons qu'il falloit ſuivre.

Au ſecond cas, que ſi, au contraire, ledit ſieur de Liſle avoit toujours été domicilié à Vertus, ce devoit être la Loi de Vertus où les rentes ſont meubles, à laquelle il falloit déférer.

Mais il paroît par le Mémoire de conſultation qui fut fait par les Intimés, que les Appellants n'inſiſtoient pas autrement à conteſter le domicile du ſieur de Liſle à Châlons, & en conſéquence la queſtion fut réduite à celle de ſavoir, ſi un débiteur, en transférant ſon domicile d'une Coutume où les rentes conſtituées ſont immeubles, dans une autre où elles ſont meubles, peut faire perdre à ſes créanciers l'hypotheque qui leur étoit acquiſe ſur ces rentes avant ſa tranſlation de domicile.

La Cour, par ſon Arrêt du 19 Mai 1762, eſtimant que le domicile du ſieur de Liſle étoit à Châlons, a confirmé la Sentence des premiers Juge avec dépens, & ce jugement eſt des plus ſages.

En effet, les Intimés, ſelon les appellants eux-mêmes, n'avoient prêté au ſieur de Liſle, qu'en exigeant de lui de fixer ſon domicile à Châlons; en conſéquence, il s'y étoit dit domicilié, il jouiſſoit pour lors & a continué de jouir des priviles accordés aux Bourgeois de Châlons, & ce n'eſt que bien poſtérieurement à la création des rentes de 200 livres d'une part, & de 150 livres d'autre, c'eſt-à-dire, en 1745 ſeulement, qu'il a renoncé à ſes privileges, ce qui confirme l'aſſiette de ſon domicile à Châlons, & par conſéquent les Intimés ayant une fois eu droit d'hypotheque ſur les rentes vendues, il auroit été contre toute Juſtice, qu'ils euſſent perdu leur hypotheque par le fait poſtérieur du ſieur de Liſle.

Incidemment à l'appel, les appellants avoient propoſé une fin de non recevoir réſultant du laps de temps, & ſoutenu que les Intimés n'avoient point formé leur demande en déclaration d'hypotheque, dans les temps preſcrits; mais cette queſtion ne regarde en aucune maniere l'objet pour lequel nous rappellons ici cet Arrêt.

Dans mes Diſſertations mixtes, *queſt.* 11, *pag.* 215, j'ai fait une autre hypotheſe.

J'ai ſuppoſé *Mævius* domicilié dans une Coutume où les rentes ſont meubles, & qui eſt Propriétaire d'une rente.

*Mævius* eſt débiteur hypothécaire envers *Titius.*

Il

Il eſt certain juſques-là que *Titius*, créancier hypothécaire de *Mævius*, n'a pas d'hypotheque ſur la rente appartenant à *Mævius*.

Mais *Mævius*, Propriétaire d'une rente, change de domicile, & va demeurer dans une Coutume où les rentes ſont immeubles.

Il eſt certain pour lors que *Titius*, créancier hypothécaire, acquiert, dès ce moment, hypotheque ſur la rente de *Mævius*.

Mais *Mævius* débiteur, retourne enſuite demeurer dans ſon ancien domicile, où les rentes ſont meubles.

J'ai demandé ſi *Titius*, créancier hypothécaire, perdoit ſon hypotheque par ce changement de domicile, & j'ai dit que *Titius* créancier, n'ayant pas, dans le principe, prêté ſur la foi & la ſûreté de la rente appartenant à *Mævius*, il n'avoit pas à ſe plaindre de ce que le changement de domicile lui ôtoit ce que le changement de domicile lui avoit donné, & que le créancier retomboit dans le même état où il étoit au jour du prêt; & ſur ce fondement, j'ai eſtimé que le créancier ne pouvoit prétendre d'hypotheque ſur la rente.

M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 157, déclare qu'il a peine à prendre cet avis; que le créancier ayant une fois acquis hypotheque ſur cette rente, on ne pouvoit lui faire perdre cette hypotheque ſans ſon conſentement; qu'il faudroit feindre que le débiteur n'a jamais changé de domicile; mais que cette fiction ne ſauroit ſe faire au préjudice d'un droit acquis à un tiers dans l'intervalle. *Fictio tranſlativa de tempore ad tempus nihil immutare, vel auferre debet de Jure aliis quæſito.* M^e Ch. du Molin, *in antiq. conſ.* §. 8, *gloſſ.* 1, *n.* 35.

Je ne ſaurois nier que le ſentiment de M. le P. Bouhier ne doive avoir des partiſans : il eſt conforme à la ſévérité des regles; mais en fait de rentes, dont la nature eſt ſi vacillante, qui eſt meuble ici & immeuble là, meuble aujourd'hui & immeuble demain, il ne ſemble pas que l'on puiſſe ainſi s'attacher à cette ſévérité.

Le créancier n'a pas prêté ſur la foi de la rente; & pourquoi ne veut-on pas que ce qui n'étoit que meuble dans le principe, & qui n'eſt devenu immeuble que par accident, & ne l'a été que pour un temps, ne puiſſe pas redevenir meuble & reprendre ſa premiere nature? Que les deux extrêmes puiſſent ſe rejoindre, ſans que le créancier ait ſujet de ſe plaindre, puiſqu'il

n'a point enviſagé la ſolvabilité du débiteur, par la poſſeſſion des rentes, & qu'il ſe trouve toujours dans le même état, ces différents changements de domicile n'en font aucun dans ſa fortune.

Ce qui me détermine dans cette eſpece, eſt que le créancier ne perd rien des ſûretés qu'il avoit dans le principe, & qu'il n'a point prêté ſur la foi de ces rentes.

C'eſt pour ne pas tomber dans le cas de préjudicier à un tiers qui a un droit acquis, que j'eſtime qu'il faut ſuivre le domicile du mari lors du mariage, plutôt que celui de ſon décès, lorſqu'il s'agit de régler le douaire coutumier de la femme ſur les rentes appartenantes au mari au jour dudit mariage, parce que la Coutume du domicile audit jour, fixant le douaire ſur ces rentes, le changement de domicile ne ſauroit préjudicier au droit acquis de la femme. Le mari ne pouvoit vendre & aliéner les rentes ſujettes au douaire, qu'à la charge de ce même douaire. Il ne peut donc pas l'éteindre par une tranſlation de domicile. Renuſſon l'a penſé ainſi en ſon Traité du Douaire, *ch.* 5, *n.* 50.

C'eſt auſſi l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 91, qui eſt conforme à celui des Auteurs des Notes, ſur Dupleſſis, de la Coutume de Paris.

Mais, *quid juris*, ſi ces rentes échoient par la ſucceſſion d'un pere, ou autre aſcendant domicilié dans une Coutume où les rentes ſont immeubles, à un fils marié, à la vérité, à Paris, mais qui lors de l'échéance des rentes avoit changé de domicile, & demeuroit dans une Coutume où les rentes ſont meubles; dans cette eſpece le fils n'eſt pas ſaiſi de ces rentes au jour de ſon mariage; ſa femme n'y avoit alors aucun droit, puiſqu'elles ne ſont échues que depuis le mariage & depuis le changement de domicile : mais à cela on répond que le mari, dans l'inſtant de la ſucceſſion ouverte, a été ſaiſi de ces rentes comme immeubles. Ce n'eſt que dans le ſecond inſtant qu'elles deviennent meubles; mais ce ne peut jamais être au préjudice de la femme qui, par ſon contrat de mariage, a ſur toutes les rentes qui échéent en ligne directe, droit de douaire; & que ſi la femme pouvoit, dans cette eſpece, n'avoir pas douaire ſur ces rentes, il ſeroit au gré du mari de faire tort à ſa femme, & de lui diminuer ſon douaire; & c'eſt pour ce cas où il eſt vrai de dire que les droits de la femme, doivent être immua-

bles du jour de la célébration du mariage. Tel eſt l'avis de Renuſſon, *loc. cit.*

Je fais une troiſieme eſpece. Je ſuppoſe un homme marié & domicilié à Paris, & long-temps après ſon mariage, il lui écheoit la ſucceſſion de ſon pere domicilié à Rheims, où les rentes ſont meubles, & cette ſucceſſion eſt compoſée de rentes conſtituées.

Je demande dans cette eſpece, ſi cette femme mariée & domiciliée à Paris, au jour de l'ouverture de la ſucceſſion de ſon beau-pere, aura douaire ſur ces rentes qui échéent d'une ſucceſſion ouverte à Rheims.

J'ai traité *ex profeſſo* cette queſtion en mes Diſſertations mixtes, *queſt.* 11, & j'ai cru qu'il falloit conſidérer le moment de l'échéance, & regarder la rente par la nature dont elle étoit en ce moment.

Ma raiſon eſt que la Coutume de Paris donne douaire ſur les héritages, qui échéent en ligne directe pendant le mariage. On a étendu cette diſpoſition aux rentes, parce qu'elles ſont devenues ſi communes, qu'elles ont formé la meilleure partie du patrimoine des familles; mais il faut qu'elles échéent comme héritages, & qu'au jour de leur échéance, elles puiſſent tenir lieu d'héritages. Or elles échéent meubles; c'eſt pour cela qu'elles ſont acquêts, & non propres dans la ſucceſſion.

J'embraſſe d'autant plus volontiers ce parti, que je ne crains aucune fraude de la part des conjoints. La Loi qui leur donne ces rentes n'eſt pas de leur choix, & ils les reçoivent de telle nature dont elles peuvent être, ſelon la Loi qui les leur donne.

Faiſons une eſpece contraire. Un homme eſt domicilié dans une Coutume où les rentes ſont meubles, il lui écheoit la ſucceſſion de ſon pere domicilié à Paris, le fils recueille des rentes, il les recueille comme immeubles; ſa femme aura douaire ſur ces rentes, parce qu'il les a recueillies comme immeubles ſujets au douaire au jour de leur échéance.

Mais, *quid Juris*, ſi ces rentes échéent comme immeubles à un domicilié au Mans, où par les *art.* 317 & 318, la femme a douaire ſur les immeubles échus à ſon mari en ligne directe & en ligne collatérale, & que ces rentes échéent de la collatérale; Renuſſon, *ch.* 2, du douaire, *n.* 16 & 17, a propoſé cette queſtion, & répond que la veuve eſt bien fondée, parce que ces rentes échues par le décès d'un parent collatéral, ont ré-

fidé en la perſonne du mari domicilié en la Coutume du Maine, où les immeubles échus en collatérale, ſont ſujets au douaire coutumier. Pour moi je ſuis d'un avis tout contraire: j'eſtime que la femme eſt très-mal fondée à prétendre douaire ſur les rentes échues en collatérale d'un parent domicilié à Paris; parce que, ou ces rentes ſont régies par Paris, & cette Coutume n'en donne pas ſur les immeubles échus en collatérale; ou elles ſont régies par la Coutume du Maine, & elles ſont meubles non ſujettes à aucun douaire.

Quand nous diſons que ſi la Loi de l'échéance des rentes ne donne point de douaire à la femme ſur ces rentes, elle n'en aura pas, encore que la Loi du mariage lui en donnât: cela ne doit s'entendre que par rapport aux Coutumes, qui pour déterminer le douaire de la femme, ſe fixent à la nature des choſes telles qu'elles peuvent être au moment de l'échéance.

Mais ſi la Coutume du mariage donne à la femme, douaire ſur les immeubles poſſédés pendant le mariage, pour lors la déciſion doit néceſſairement changer; parce que, ſi dans le premier inſtant la rente échue, l'eſt comme meuble, dans le ſecond inſtant la rente échue comme meuble, devient immeuble, elle eſt par lui poſſédée comme telle, & cela ſuffit dans ces Coutumes.

C'eſt pourquoi ſi une ſucceſſion collatérale d'un homme domicilié à Rheims, écheoit à un homme domicilié en Bretagne, & que cette ſucceſſion ſoit compoſée de rentes conſtituées, ces rentes auxquelles le mari ſuccede comme meubles, devenant immeubles, il les poſſede par la ſuite comme immeubles.

Or la Coutume de Bretagne donne douaire à la femme ſur toutes choſes réputées immeubles, dont le mari a eu la propriété pendant ſon mariage, & il eſt certain que le mari qui a recueilli ces rentes comme meubles, les a par la ſuite poſſédées comme immeubles; ce qui ſuffit pour que ſa veuve ait droit d'y prétendre douaire dans cette Coutume.

Dans les additions inſérées dans le corps de l'Ouvrage *des Succeſſions* de M. le Brun, *pag.* 313, de l'édition de 1735, cette queſtion y eſt agitée, & M. le Brun décide la même choſe que ce que nous penſons, & par les mêmes raiſons; mais qui ne me paroiſſent pas ſuffiſamment développées. Cet Auteur dit que le mari étant cenſé avoir eu les rentes en queſtion au mo-

ment du décès du défunt, & dans ce moment étant devenu créancier, & par conſéquent la rente étant régie par la Coutume de Bretagne, ſous laquelle il a ſon domicile, &c. il falloit ajouter que la Coutume de Bretagne donne douaire à la femme, non pas ſimplement ſur les immeubles qui échéent à ſon mari, mais ſur les immeubles qu'il a poſſédés, & dont il a été propriétaire pendant ſon mariage; & que quoique le mari ait pendant ſon mariage recueilli ces rentes comme meubles, il les a poſſédées comme immeubles.

Par la ſuite de toutes ces réſolutions j'ajouterai que ſi pendant la communauté il échoit des rentes aux conjoints, il faut, à la vérité, pour décider comment doit ſe régler la communauté, conſulter la Loi du domicile matrimonial : mais pour déterminer ſi ces rentes ſont de nature à tomber dans la communauté ou non, il faut ſe fixer à la Loi qui les régiſſoit au jour de leur échéance. C'eſt ce moment qui les fait tomber dans la communauté, ou qui les en exclut, ſi d'ailleurs on n'a pas ſtipulé, ce qui eſt aſſez ordinaire, que tout ce qui échéeroit par ſucceſſion, donation, ou autrement, ſeroit propre.

Je ſais que dans les conſultations inſérées parmi celles de M. Dupleſſis, *tom.* 2, *pag.* 10, on y en trouve une où le contraire eſt ſoutenu, & M. le P. Bouhier eſt du même avis, *n.* 92, *loco cit.* Mais l'Arrêt du 14 Mars 1697, rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Maingui, dans le cas de la ſucceſſion de Madame de Machault, me paroît influer ſur le cas de la communauté. C'eſt dans l'un & dans l'autre cas, le moment de l'échéance qui doit décider.

## CHAPITRE III.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

*Des Statuts qui impoſent certaines choſes pour les Actes, où le miniſtere de l'homme eſt néceſſaire, & cela quant à la ſolemnité.*

### SOMMAIRE.

I. *On ſuit pour les ſolemnités du teſtament, la Loi du lieu où il ſe fait : ſur quoi cela eſt fondé ; on réfute Burgundus.*

II. *De celui qui teſte hors du lieu où la choſe eſt ſituée, & ce, ſuivant la formalité preſcrite dans le lieu de la ſituation.*

III. *Eſt-il permis de teſter devant ſept témoins, conformément au Droit Romain, dans un lieu où il ſuffit d'un Notaire & de deux témoins, & en particulier de ce qui ſe pratique en Hollande ?*

IV. *Teſte-t-on valablement parmi nous devant ſept témoins, par Lettres d'octroi ?*

APRÈS avoir expliqué deux genres de Statuts, c'eſt-à-dire, ceux qui reglent l'état de la perſonne, ſans faire mention des choſes, & ceux qui reglent la choſe, de maniere que le miniſtere de l'homme n'y eſt pas néceſſaire ; & après avoir montré par des exemples de l'un & l'autre genre, que ceux-ci ſont des Statuts réels, & que les autres doivent être rangés dans la claſſe des Statuts perſonnels ; il reſte à parler d'un troiſieme & dernier genre de Statuts, qui ſont ceux qui reglent les Actes, où le miniſtere de l'homme eſt néceſſaire, ſoit en défendant ces Actes, ſoit en les aſſujettiſſant à certaines regles particulieres, de maniere que l'homme ne peut contrevenir à ces Statuts, qu'autant que de ſa part il ſe paſſe quelque acte ; & j'entends par ces ſortes de Statuts, ceux qui ne touchent en aucune maniere, à l'état & à la condition de la perſonne, quoique l'objet particulier que nous préſentons, s'étende à un très-grand nombre d'eſpeces différentes que l'on décide en jugeant aſſez à la hâte ; cependant il renferme de très-grandes difficultés, & il a fait l'étude de pluſieurs grands hommes.

On peut l'examiner ſous deux branches différentes : ou il s'agit de la forme & ſolemnité d'un acte, ou de la matiere & de la ſubſtance même de la choſe dont on diſpoſe ; ( j'entends parler des diſpoſitions teſtamentaires, & non pas des actes entre vifs ; ) parce que parmi nous, preſque toutes les conventions que les conjoints peuvent faire entre eux, ( car c'eſt par rapport à eux que j'ai entrepris le préſent Traité, ) ſont entiérement inutiles, & que tant parmi nous, que parmi nos voiſins, ils ne peuvent abſolument ſe faire aucune donation.

S'il s'agit des formalités, il y a long-temps que, ſoit au Barreau, ſoit dans les Ecoles, l'opinion a prévalu qu'il faut abſolument ſuivre les Loix du lieu où l'Acte ſe paſſe ; c'eſt pourquoi ſi un teſtament eſt revêtu des formalités du lieu où il a été fait, il vaudra par-tout où il faudra le mettre à exécution. Auſſi par un Arrêt ſolemnel du Parlement de Paris, il a été jugé en faveur d'un teſtament, qu'un voyageur & un ſimple paſſant avoit fait ſelon les Loix du Village où il étoit décédé, encore que les Loix de ſon domicile & de la ſituation des biens exigeaſſent bien d'autres ſolemnités, ſuivant Chopin, *L.* 2, *tit.* 4, *n.* 2 *de la Coutume de Paris.*

Les autres Parlements ont jugé la même choſe. Expilly en ſes Arrêts, *ch.* 78 ; Minſing. *centurie* 5, *obſerv.* 20 ; Gaiil. *liv.* 2, *obſerv.* 123 ; Gui-Pape, *queſt.* 262 ; Maynard, *livre* 5 *& livre* 8, *chap.* 51 ; & nouvellement Joan. A Sandé, *déciſion Friſic. liv.* 4, *tit.* 1, *défin.* 14, & ces Auteurs aſſurent qu'il ne faudroit pas décider autrement, quand même dans le lieu du domicile, on exigeroit une plus grande ſolemnité que dans le lieu où l'Acte a été paſſé. V. Barri, *de Succeſſ. liv.* 1, *tit.* 1, *n.* 46 ; cet avis a été reçu aſſez unanimement, juſqu'à ce qu'enfin il a plu à quelques Auteurs d'embraſſer un avis contraire : de ce nombre ont été Cujas en ſes Obſervations, *liv.* 4, *ch.* 12 ; & Burgundus, *tract.* 6. Celui-ci, plus jaloux encore de ſon avis que tous les autres, a aſſujetti le Teſtateur à obſerver les formalités de chacun des Lieux où les biens ſont ſitués ; mais les raiſons que les uns & les autres alleguent, ne ſont pas aſſez puiſſantes pour abandonner un parti que tout le monde a ſuivi juſqu'à préſent, & qui eſt appuyé de l'autorité des choſes jugées.

Cependant, pour parler vrai, perſonne n'a droit d'ordonner, ni de rien ſtatuer pour des biens qui ſont ſujets à des Loix

contraires, & aucun Légiſlateur ne peut entreprendre d'aſſujettir l'aliénation de ces biens à la forme particuliere qu'il a preſcrite ; & ſi cela lui arrivoit, qui pourroit nier que dans ce cas, ce ſeroit étendre ſon autorité & commander hors de ſon territoire ? & je ne crois pas que ceux qui admettroient un pareil ſyſtême, puſſent ſe tirer raiſonnablement d'affaire, en diſant que l'Acte par lequel on diſpoſe, & de la forme duquel il s'agit, appartient à la Juriſdiction du lieu où on le paſſe : car cela ſeroit bon pour les contrats & pour tous autres Actes où il ne ſeroit queſtion que d'engager la perſonne qui porte effectivement par-tout en lui-même le lien de l'engagement une fois contracté, ſuivant les formalités du lieu.

Mais on ne peut dire la même choſe, quand il s'agit de diſpoſer de fonds ſitués ailleurs, & des formalités propres à les aliéner : car la pratique journaliere du Barreau nous apprend qu'à l'égard des Droits réels & des Actes par leſquels on en diſpoſe & on en transfere la propriété, il en faut raiſonner tout autrement. Burgundus qui a été ſi mal à propos repris par Joann. A Sandé, a bien raiſon de dire que pour donner un droit dans une choſe, ce qui arrive quand on diſpoſe de cette choſe par teſtament, il n'eſt pas de Coutume étrangere, de quelque endroit que ce ſoit, qui puiſſe affecter de ces ſolemnités, des fonds qui ne lui ſont pas ſoumis, & qui puiſſe ainſi faire Loi hors ſon territoire. Quelle eſt donc la raiſon pour laquelle les Docteurs, ainſi que les Tribunaux, ont voulu qu'un teſtament fait ſuivant les formalités du lieu où on a teſté, ait ſon effet par-tout ? C'eſt qu'il a paru abſurde qu'un Teſtateur fût obligé de faire autant de teſtaments qu'il a de biens répandus dans différents endroits, ou qu'un ſeul teſtament fût revêtu des formalités empruntées de différents lieux ; que l'on a cru même que cela répugnoit à la liberté pleine & entiere de faire un teſtament ; qu'un homme qui s'eſt tranſporté dans un endroit pour affaires, & qui ſe trouve attaqué d'une maladie ſubite, fût réduit dans la triſte néceſſité, quelque envie qu'il eût de teſter, de mourir ſans faire de teſtament, ou de n'en pouvoir révoquer un qu'il auroit fait auparavant, & qu'il ne pût pas ſe nommer tels héritiers qu'il ſouhaiteroit, parce qu'il ne pourroit pas, dans le moment, remplir les différentes formalités de tous les endroits où il auroit des biens.

C'eſt pourquoi on a trouvé qu'il étoit de l'intérêt de tous les

les hommes qui ont des biens dans différents endroits, que le teſtament fait, ſuivant les formalités du lieu où l'on teſte, eût une pleine exécution. Il faut donc ſe ranger du parti de ceux qui, déterminés par une ſorte de néceſſité & un motif de bien général, ont embraſſé ce dernier ſentiment, & c'eſt où tend ce que *Pékius* a dit en ſon Traité *de Teſtam. conjug. liv.* 4, *ch.* 8 ſur la fin; & Mævius *ad Jus Lubecenſe*, *part.* 2, *tit.* 1, *art.* 16, *n.* 10. Quant à ceux qui croient que cette déciſion peut être ſoutenue comme un droit ordinaire, c'eſt à eux à voir s'ils pourroient défendre ce parti. Ce que nous venons de dire s'entend de celui qui obſerve les formalités du lieu où l'Acte a été paſſé; mais faut-il dire la même choſe dans le cas contraire, ſi, par exemple, quelqu'un faiſoit ſon teſtament ailleurs, ſuivant les formalités du lieu où la choſe eſt ſituée, & non ſuivant celles de ſon domicile? c'eſt une queſtion que traite Minſing. *cent.* 5, *déciſ.* 20, *n.* 5; & Mævius *ad Jus Lubecenſe*, *part.* 2, *tit.* 1, *art.* 16, *n.* 8, & qui n'eſt pas ſi aiſée à décider.

Il y en a qui aſſurent que le teſtament vaudra, s'il eſt fait par celui qui eſt ſujet du territoire où les biens ſont ſitués, & non pas s'il eſt fait par tout autre. C'eſt l'avis de Barri, des Succeſſions, *liv.* 1, *n.* 46, qui allegue Jean Philippe, *reſp.* 13; & Mævius a décidé la même choſe, *queſt.* 6, *prélim. n.* 8. Pour moi je crois que dans l'un & l'autre cas, il faut décider pour la validité du teſtament; car la qualité de la perſonne ne fait rien à la choſe: elle y feroit, ſi ces Statuts qui concernent les ſolemnités, étoient perſonnels, afin qu'il n'y eût que le ſujet qui en jouît, & non l'étranger; mais au contraire il eſt certain que ces Statuts ſont purs réels: car quiconque veut aliéner une choſe, ſoit qu'il ſoit Citoyen, ou étranger, il eſt néceſſaire qu'il ſe conforme à la formalité du lieu où les biens ſont ſitués.

C'eſt pourquoi il faut dire que la déciſion de la queſtion ſe prend des raiſons que nous venons de propoſer, & que le motif de la néceſſité, d'une part, & de la grande faveur des teſtaments, d'autre, a voulu qu'encore que par la voie des teſtaments, on aliene, ainſi que par les Actes entre vifs, & que par cette raiſon il faille ramener les teſtaments aux Loix du lieu où les biens ſont ſitués, il ſuffit néanmoins de les avoir faits, ſelon les Loix du Lieu où ils ſe paſſent.

C'eſt pourquoi ſi quelqu'un ne veut pas ſe ſervir de ce qui a été admis pour lui faciliter le moyen de teſter, parce qu'il lui eſt plus aiſé encore de teſter ſuivant les Loix de la ſituation des biens, je ne vois pas ce qui pourroit empêcher la validité de ce teſtament : car, ni aucune raiſon de droit, ni même l'équité ne permettent pas que ce qui a été admis ſagement pour l'utilité des hommes, fût interprété durement, & ſévérement employé contre leurs propres intérêts, *leg.* 25, *ff. de leg.* Et il ne faut pas croire que lorſque l'on accorde une ſeconde forme de teſter, on ſupprime la premiere, puiſque les Docteurs ont plutôt voulu introduire une nouvelle maniere de teſter, que de ſupprimer celle qui étoit ancienne & qui étoit d'uſage, Arg. *leg.* 11, *ff. de Senat.* d'où il eſt conſéquent de dire, pour ne point faire de raiſonnement, ſans en même-temps en faire application à quelque eſpece, qu'un teſtament fait devant un Notaire & deux témoins, ne laiſſe pas de valoir, quoique fait à Amerfort, où il faut trois témoins & un Notaire, ſi on teſte de biens ſitués en Hollande, ou dans un autre endroit de notre Province.

Mais que dirons-nous ſi quelqu'un a teſté ſelon les formalités du Droit Romain en préſence de ſept témoins, dans un lieu où les formalités ſont de teſter pardevant un Notaire & deux témoins, comme il ſe pratique chez les Hollandois & chez pluſieurs autres? ce teſtament vaudra-t-il? Grotius eſt pour l'affirmative, *liv.* 2, *part.* 17, *vers.....* & Radelant ſemble être du même avis, *déciſ.* 123, *n.* 13, *junct. n.* 4, ainſi que Tuldenus, *ad tit. inſt. lib.* 2, *tit.* 10, *cap.* 11; & pour dire encore quelque choſe de plus précis, Balde approuve un teſtament fait en préſence de ſept témoins, à la maniere du Droit Romain, quoique par la Loi du Pays, il dût être fait en préſence de deux Prêtres & un témoin, *vol.* 5, *Juris reſp.* 355. Chopin cite cette autorité ſur la Coutume de Paris, *liv.* 12, *tit.* 4, *n.* 3, & il eſt aſſez difficile que cette déciſion ne ſoit pas véritable : car cette forme municipale de teſter n'a pas été admiſe contre le Droit commun, mais outre le Droit commun; en ſorte que ce Droit n'ayant pas été abrogé, ſubſiſte encore aujourd'hui, par argument de la Loi *Sancimus* 27, *C. de teſtament.* & l'on eſt en état de dire que la forme qui a lieu aujourd'hui comme plus ſimple, ne fait que relever de la néceſſité de la forme embarraſſée & onéreuſe de ſept témoins, que chacun néanmoins peut encore ſuivre, s'il le juge à propos.

C'eſt pourquoi à Lubec, l'uſage a admis une autre forme de teſter qui lui eſt particuliere : la queſtion s'étant judiciairement préſentée de ſavoir ſi un teſtament fait ſelon les formalités du Droit Romain, ſubſiſteroit, il fut prononcé en faveur du teſtament, ſuivant le témoignage de *Mævius*, *ad Jus Lubecenſe*, *lib.* 1, *queſt.* 9, *prelim. n.* 44, *juncta*, *par.* 2, *tit.* 1, *art.* 2, *n.* 162 *& ſequent.*

Mais il s'eſt élevé un doute chez nous, ſur ce que n'étant pas permis de teſter, ſans avoir obtenu pour cela des Lettres d'octroi, par leſquelles on accorde la permiſſion de teſter de tous biens ſitués dans la Seigneurie d'Utrecht, ſoit qu'ils ſoient allodiaux, ſoit qu'ils ſoient féodaux, & du nombre de ces Fiefs qui relevent des Etats de la Province & de ceux qui en ſont vaſſaux, & cela en préſence d'un Notaire & de deux témoins, ou pardevant le Juge du lieu de la ſituation des biens, ou devant les Pairs de la Cour féodale, en cas à cet égard que les biens ſoient de cette nature, leſquelles Lettres d'octroi doivent contenir la clauſe préciſe que les teſtaments vaudront devant un Notaire & les témoins, de la même maniere que s'ils avoient été faits dans la Cour des Pairs, ou devant le Juge de la ſituation : le doute a donc été, ſi faute d'avoir obtenu ces Lettres, & d'y avoir fait comprendre la clauſe dont nous venons de parler, un teſtament fait ſelon le Droit Romain, en ſeroit moins bon.

Cette queſtion, qui exige que nous expliquions la nature de ces ſortes de Lettres, eſt digne d'être traitée un peu amplement en faveur de nos compatriotes. Le point de la difficulté conſiſte à ſavoir, ſi l'impétration de ces Lettres, à l'effet d'obtenir une permiſſion de diſpoſer de la maniere compriſe dans les Lettres, qui eſt beaucoup plus facile que l'ancienne dont ces Lettres diſpenſent, appartient à la ſolemnité de la diſpoſition ; ou ſi ces Lettres ſont néceſſaires pour habiliter la perſonne, comme ſi perſonne n'avoit la capacité de teſter qu'en obtenant ces ſortes de Lettres ; & voici ce qui peut prouver qu'elles appartiennent à la ſolemnité ſeulement, qui eſt qu'aujourd'hui parmi nous, il eſt loiſible de teſter ſans ces Lettres, pardevant le Juge du lieu de la ſituation ; & nous avons pluſieurs exemples de ces teſtaments dans le Greffe de la Ville, d'où il ſemble néceſſaire de dire que ces Lettres nous diſpenſent, ſoit des ſolemnités du Droit Romain, ſoit de celles de la Ville mu-

nicipale; en ſorte qu'on n'eſt point obligé de teſter, ni pardevant le Juge de la ſituation, qui eſt une ſolemnité de nos mœurs, ni en préſence de ſept témoins, qui eſt la ſolemnité du Droit Romain.

C'eſt pourquoi ce qui eſt permis en Hollande, ſans le ſecours d'aucune permiſſion particuliere, eſt permis parmi nous en obtenant des Lettres qui s'accordent ſans connoiſſance de cauſe, ce qui eſt une eſpece d'impôt qui ſe leve ſur les teſtaments; à ces raiſons ſe joint la clauſe même des Lettres, par laquelle il eſt dit que le teſtament qui ſera fait en vertu de ces Lettres, vaudra comme s'il étoit fait devant le Juge du lieu de la ſituation; d'où il réſulte que ces Lettres ne donnent pas l'habilité de teſter, mais diſpenſent ſeulement des ſolemnités ordinaires: c'eſt la conſéquence que Wames. tire de cette clauſe, *cent. civ. cent. 6, con. 2, n. 4, verſi c. præterea, & n. 5.*

Mais ce que dit Radelant, *déciſ. 125, n. 13*, eſt-ce qu'il y a de plus preſſant. Ce grand homme a pendant cinquante ans ou environ été Conſeiller, & depuis Préſident de notre Cour, & a ſans doute parfaitement connu la nature de la permiſſion portée par ces Lettres, & celui qui nous a donné ſes déciſions poſthumes, ou plutôt ſes notes qu'il n'avoit couchées ſur le papier que pour ſon propre uſage, & qu'il avoit peut-être faites en langue vulgaire, n'a pas rendu un trop bon ſervice à la mémoire de ce grand homme, ni à la dignité des places qu'il a remplies, lui qui a préſidé avec tant d'approbation, que Néoſtadius, homme recommandable, a fait ſon Panégyrique, *in præfat. ante obſerv. feud.* Enfin ce que nous trouvons dans Radelant eſt d'un grand poids pour cet avis. Il obſerve qu'un teſtament fait entre enfants, ou pour cauſe pie, n'exige pas la néceſſité des Lettres, leſquelles cependant ſeroient néceſſaires, ſi ſans cela la perſonne étoit incapable ou inhabile pour teſter: car comment la faveur des enfants pourroit-elle autoriſer un teſtament fait par un homme qui n'avoit aucune capacité de teſter?

Mais quoique ces raiſons ne paroiſſent pas s'écarter du vrai, elles ne ſont pas ſans difficulté; la teneur même de la permiſſion forme une premiere difficulté: on ordonne que le teſtament fait devant un Notaire & deux témoins, ſera auſſi valable que s'il avoit été fait devant le Juge du lieu, ſans parler des formalités du Droit Romain; de maniere que ces Lettres ſemblent n'admettre que ces deux manieres de teſter. Une ſecon-

de difficulté conſiſte en ce que la Loi du Pays ordonne, que pour pouvoir laiſſer ou léguer ce que nous appellons *Maecken*, il faut avoir recours au Juge du lieu, de maniere qu'on peut dire que par cette forme, celle du Droit Romain eſt entiérement abolie.

Enfin pour troiſieme difficulté, l'on ſait que parmi nous perſonne ne peut s'immiſcer dans les fonctions du Notariat, s'il n'a été précédemment trouvé capable d'exercer ces fonctions, & s'il n'a pas juré d'obſerver les Loix de la nation; & cela pour obvier aux fraudes auxquelles les teſtaments ſe trouvent expoſés, & afin qu'ils ne fuſſent pas paſſés indifféremment devant toutes ſortes de perſonnes, & gens qui ne fuſſent pas aſtreints à faire leur devoir par la religion du ſerment. Mais comme toutes ces raiſons n'ont point fait d'impreſſion ſur Radelant, elles pourront n'en point faire ſur quantité d'autres, qui répondront que les Lettres ne font point mention des formalités difficiles du Droit Romain, parce que fourniſſant une voie plus ſimple & plus aiſée, le Légiſlateur a été bien convaincu que perſonne ne s'aviſeroit de pratiquer la plus difficile, de maniere que l'ancienne maniere de teſter des Romains, n'a pas été abrogée, mais il en a été ſubrogé une autre plus facile.

Enfin, ſi malgré cela, la choſe paroît encore douteuſe, il y en a qui croiront qu'il vaut mieux embraſſer le parti qui tend à ſoutenir les teſtaments, en ce que cela intéreſſe l'utilité publique. *L.* 5, *ff. teſtam. quemad. aper.*

## OBSERVATION XXI.

DANS ce chapitre Rodenburgh agite les queſtions qui regardent les formalités des teſtaments. Il expoſe d'abord que le Droit général, avoué par nos Auteurs, & autoriſé par la Juriſprudence, eſt qu'il faut ſuivre les Loix du lieu, où ſe fait le teſtament, & il convient que cet avis a été ſuivi ſans contradiction, juſqu'à ce que M. Cujas & Burgundus aient ouvert un avis différent.

Il rapporte le précis des raiſons alléguées par Burgundus, *tract. 6*, qui prétend que les ſolemnités du teſtament donnant un Droit réel dans les choſes, imprimant en elles une certaine qualité, c'eſt à la Loi de la ſituation qu'il faut avoir égard, quand on veut diſpoſer de ces choſes. *Siquidem ſolemnitates teſtamenti ſunt quædam qualitas bonis ipſis impreſſa ad quam tenetur reſpicere quiſquis in bonis aliquid alterat..... nam ſi ex ſolemni teſtamento naſcatur jus in ipſa re, quomodo id poteſt præſtare alterius regionis conſuetudo, quæ alienis fundis alterationis neceſſitatem imponere non poteſt; hoc enim eſſet jus dicere extra territorium, cui impune non paretur.*

Rodenburgh eſtime ces raiſons déciſives, & croit que la ſévérité des regles demanderoit qu'on embraſſât ce nouvel avis : il blâme même Joannes à Sandé, qui a ſoutenu le contraire, *liv.* 4, *tit.* 1, *déciſ.* 14, & qui a combattu l'avis de Burgundus.

Il ſe rend cependant à l'ancien avis adopté par Joannes à Sandé, non pas par les raiſons de regle & de droit alléguées par cet Auteur; mais ſeulement par des raiſons de convenance, c'eſt à ſavoir qu'autrement il faudroit qu'un teſtament fût revêtu tout à la fois des formalités requiſes dans les différents lieux où le Teſtateur auroit des biens; ce qui gêneroit un mourant, qui ſouvent ne pourroit, ni faire un teſtament, ni en révoquer un qui ſeroit fait, en ſorte que la raiſon du bien général ſelon lui, plutôt qu'un principe de regle, veut que l'on ſe fixe aux Loix du lieu où ſe fait le teſtament.

Joannes à Sandé, qui s'eſt déterminé pour la Loi du lieu du teſtament, n'a pas cru que ce fût s'oppoſer à la ſévérité des regles, combattre la réalité des Coutumes, & donner à une Loi

force & autorité au-delà de ſon territoire, parce que, ſelon lui, il faut faire une grande différence entre les ſolemnités du teſtament & les choſes dont on diſpoſe par teſtament. *Quod multum interſit*, dit-il, *inter ſolemnitates diſpoſitionis & rem de qua ſit diſpoſitio ;* que les ſolemnités regardent la forme de la diſpoſition, & que les choſes dont on diſpoſe, en ſont la matiere, en ſorte que ce qui regarde les ſolemnités, n'affecte que la forme de l'acte, & non les choſes. *Solemitates ſunt forma, res eſt ſubjectum diſpoſitionis ; quare tale Statutum magis afficere videtur diſpoſitionem ipſam quàm rem :* il rappelle les inconvénients qui réſulteroient d'une Juriſprudence contraire, & il finit, en diſant, que le Sénat de Friſe a décidé en faveur du lieu du teſtament.

Burgundus, pour le ſoutien de l'avis contraire qu'il embraſſe, s'appuie ſur deux autorités, celle de Maſuer & celle de M^e Ch. du Molin.

Quant à Maſuer, il faut convenir qu'il eſt précis ſur cette queſtion. C'eſt au *Tit.* 32 *des Succeſſions*, *n.* 39. Si le teſtament, dit cet ancien Juriſconſulte & Praticien de France, fait pardevant un Vicaire & deux témoins, eſt valable au lieu où il eſt fait ; cela s'entend des biens qui ſont aſſis & ſitués en ce lieu, & non de ceux qui ſont ailleurs, principalement des immeubles pour leſquels eſt requis de Droit & de Coutume, ſept, & à tout le moins cinq témoins. M. Marion, en ſon Plaidoyer 8, a adopté ce ſentiment. M. Cujas en ſes Obſervations, *liv.* 14, *ch.* 12, eſt du même avis. Ils ont apparemment puiſé cet avis dans Maſuer. Cependant voyez ce que dit M. Cujas *in rub. C. de teſtam.* pag. 738. Edit de Fabrot. cité par M. le P. Bouhier, *ch.* 23, *n.* 4, *non ſpectabo ſitum bonorum in ſervandis ſolemnibus teſtamenti*, & ce qu'il dit en ſa Conſult. 36, verſ. *& præterea.*

Quant à M. Ch. du Molin, Burgundus n'a pas eu raiſon de l'appeller à ſon ſecours. Il s'eſt expliqué trop préciſément, tant ſur la queſtion générale, que ſur celle réduite au teſtament, pour douter du parti qu'il a pris ſur cette queſtion ; voici comme il parle en ſon Conſeil 53, *n.* 9, ſur la queſtion générale, *& eſt omnium Doctorum ſententia, ubicumque conſuetudo, vel Statutum locale diſponit de ſolemnitate, vel forma actûs, ligare etiam exteros ibi actum illum gerentes, & geſtum eſſe validum, & efficacem ubique, etiam ſuper bonis ſitis extra territorium*

*conſuetudinis, vel ſtatuti;* & au Code *titulo concl. de Stat.* il applique cette déciſion aux teſtaments mêmes, *aut ſtatutum loquitur de his quæ concernunt nudam ordinationem, vel ſolemnitatem actûs, & ſemper inſpicitur ſtatutum, vel conſuetudo loci ubi actus celebratur, ſive in contractibus, ſive in judiciis, ſive in teſtamentis, ſive in inſtrumentis, aut aliis conficiendis, ita quod teſtamentum factum coram duobus teſtibus in locis ubi non requiritur major ſolemnitas, valet ubique;* & enfin au Code *quemadmodum teſtamenta aperiantur, lib. 6, tit. 32*, il décide préciſément qu'un teſtament fait à Veniſe, où il ne faut que deux témoins, par un homme domicilié dans un endroit où il en faut un plus grand nombre, eſt bon & valable.

L'endroit de Me Ch. du Molin, que Burgundus cite pour fonder ſon avis, eſt au §. 33 de la nouvelle Coutume de Paris, ſur les Fiefs, *nomb. 86, gloſſ. 1.* Il s'agit en cet endroit de la queſtion de ſavoir ſi le Fief étant échu par ſucceſſion, en vertu d'une Loi écrite dans le contrat d'inféodation, ou en vertu d'une ſubſtitution, il eſt dû des droits de relief. Me Ch. du Molin, après avoir propoſé les raiſons qui peuvent faire décider qu'il n'en eſt pas dû, fait pluſieurs diſtinctions; & pour nous renfermer dans ce qui fait notre objet, il dit que ſi le Fief écheoit en ligne directe dans les cas ci-deſſus, il ne ſeroit dû aucuns droits au Seigneur; il ajoute, ſi ce n'eſt qu'il y eût une convention de payer des droits : pour lors il en ſeroit dû au Seigneur, par ce qu'il faut s'en tenir à la conceſſion, ſinon à la Coutume. *Quia eo ipſo quod ſimpliciter eſt relictum, vel conceſſum eſt in feudum non determinata forma oneris, inſunt tacite onera conſueta ſecundùm modum & formam conſuetam à qua omnis actus informatur, & declarationem recipit*, & il applique cette déciſion : *Nedum in contractibus, ſed etiam in ultimis voluntatibus*, & il cite *Petrus Anchar.* qui dit que *conſuetudo informat omnem diſpoſitionem.*

Mais qui peut s'empêcher de voir qu'en cet endroit, Me Ch. du Molin ne parle point de la forme atteſtatoire des actes, mais des droits réels qui peuvent être dûs par les Fiefs, ſoit en vertu de la convention, ſoit en vertu de la Coutume à laquelle les Parties ſont préſumées avoir voulu ſe référer, lors de la conceſſion, quand il ne paroît pas de convention, parce que les Parties ne s'étant point expliquées, la Coutume dirige leur contrat & leur diſpoſition, ce qui n'a nul trait aux formalités;

lités; en ſorte que c'eſt mal à propos que Burgundus s'appuie ſur cet endroit de M^e Ch. du Molin, qui n'a pas de rapport à la queſtion.

Il eſt vrai qu'indépendamment de toute autorité, Burgundus invoque les principes, & prétend que, puiſque à la faveur d'un teſtament, un homme tranſmet la propriété & le domaine de ſes biens, les formalités du teſtament, en vertu duquel ſe fait cette tranſlation, appartiennent à la choſe qui eſt tranſférée, & qu'elle ne peut l'être que de la maniere que le permet la Coutume de la ſituation. *Et ſane hæc ſi ipſa ad examen accuratius revocemus, videtur dicendum ex cauſa teſtamenti ipſo mancipationem fieri, hoc eſt ſine alia facti interventione venire ad hæredem, vel legatarium..... Nam ſi ex ſolemni teſtamento naſcatur jus in ipſa re, quomodo id poteſt præſtare alterius regionis conſuetudo, quæ alienis fundis alterationis neceſſitatem imponere non poteſt. Hoc enim eſſet jus dicere extra territorium, cui impunè non paretur.*

Mais il me paroît que l'on répond excellemment à ces raiſons, en diſtinguant, comme nous avons fait en pluſieurs endroits, & comme nous le ferons encore plus amplement, *Obſervation* 23, deux ſortes de formalités; *formalités extrinſeques, & formalités intrinſeques*, & cette diſtinction a été miſe en uſage pour les teſtaments même, au ſujet de l'Edit perpétuel du 12 Juillet 1611.

Cet Edit porte en *l'art.* 13, que la Coutume de la ſituation des biens dont on diſpoſe par teſtament, ſera ſuivie touchant la qualité des biens, ſi on peut en diſpoſer, à quel âge, & avec quelle forme & ſolemnité.

Anſelme dans ſon Commentaire ſur cet Edit, *n.* 89, & l'Auteur des Notes ſur *l'art.* 74, de la Coutume d'Artois, *n.* 226 de l'ancienne édition, & 336 de la nouvelle, obſervent que cela ne regarde que les formalités intrinſeques du teſtament, & non pas les extrinſeques, telles qu'il eſtime être les formalités atteſtatoires, de ſorte que le teſtament doit d'abord être revêtu des formalités preſcrites à l'exiſtence d'un teſtament, par la Coutume du lieu où il eſt paſſé, pour produire une action en délivrance; mais pour ſavoir ſi les biens ont pu être légués, l'on conſidere les formalités preſcrites aux diſpoſitions, par la Coutume de la ſituation.

Il y a une interprétation au Conſeil de Bruxelles, du der-

nier Juin 1634, qui déclare un teſtament fait à Bruxelles, avec les ſolemnités qui y ſont requiſes, valable pour les biens libres ſitués dans un Pays où il falloit d'autres formalités, & qui décide que la diſpoſition de l'Edit perpétuel n'a lieu que dans les cas où la qualité des biens ſitués ailleurs, empêche d'en diſpoſer, ou bien requiert certain âge, certaines formalités, ou ſolemnités pour en diſpoſer, auquel cas il faudroit obſerver ces formalités.

Il faut donc diſtinguer entre les formalités requiſes pour la confection & l'authenticité du teſtament, & celles requiſes pour la capacité de teſter, & la diſpoſition du plus, ou du moins des fonds. Les premieres n'ont trait qu'à aſſurer la vérité des volontés dernieres des hommes, & par ſuite, & par conſéquence peuvent produire une action en délivrance même des fonds; mais les ſecondes ont été requiſes principalement & directement pour opérer l'aliénation des fonds.

Prenons un exemple dans les contrats entre vifs. On ne peut, dans la Coutume d'Artois, vendre ſes propres, ſans l'une des trois voies preſcrites par *l'art.* 76 de cette Coutume. Pour vendre, il faut paſſer un contrat, & ce contrat doit être revêtu des formes qui donnent l'exiſtence aux contrats; mais outre ces formalités, il en eſt d'autres qui ſont requiſes, pour que l'aliénation ſorte ſon effet, & pour opérer une vente valable; il faut ſuivre celles du lieu où ſe paſſe le contrat, quant aux premieres, & il faut ſuivre celles de la ſituation, quant aux ſecondes.

Il en eſt de même dans les teſtaments; il y a la forme & il y a les choſes. Le teſtament, quant à la forme, doit être revêtu de celles du lieu où il eſt paſſé, pour avoir ſon exécution partout, ſi ce n'eſt que les Loix de la ſituation exigent quelques formalités particulieres, non pas pour la confection du teſtament, mais pour la diſpoſition des fonds. Voyez ce que dit notre Auteur au *Chapitre* 4, enſuite de *l'Obſervation* 23.

C'eſt ce que Vinnius, *inſtit. liv.* 2, *tit.* 10, §. 14, *n.* 5, explique fort nettement : *quæſitum eſt an teſtamentum juxta alicujus loci conſuetudinem, aut Statutum factum, etiam vim habeat extra illum locum; exempli gratiâ, teſtator ibi teſtamentum fecit, ubi coram duobus teſtibus & Notario teſtari licet, ut in hac noſtra Batavia; quæritur an valeat etiam in his locis ubi ſeptem teſtes requiruntur, uti in Friſia, ubi ſequuntur jus civile. Af-*

*firmant comm. DD. in L. 1. C. de ſumm. Trinit. & ſecundùm hanc Sententiam ſæpiſſime judicatum; ſunt tamen qui in contrarium eant, & in quæſtione propoſita ſic diſtinguendum arbitrantur ut circa res quidem mobiles, & nomina, admittenda ſit communis interpret. ſententia. At circa res ſoli, ſpectandum jus ejus loci in quo ſitæ ſunt: mihi prior ſententia videtur probabilior, multumque referre utrum Statutum diſponat circa ſolemnitatem alicujus actûs, an circa rem, puta fundum, locumve; quæ Statuta in rem concipiuntur, qualia ſunt quæ de ſucceſſione ab inteſtato diſponunt, rem ipſam haud dubie afficiunt, ut ubicumque ſit, ejus loci ubi eſt, legibus adſtringatur. Idemque habendum de Statutis quæ circa habilitatem perſonarum, diſpenſando aliquid, diſponunt. Gaiil. Coraſ. Gomeſ. quæ autem Statuta diſponunt circa actus ſolemnitatem duntaxat, cùm neque rem afficiant, neque perſonam actum celebrantis, ſed ipſam ſolummodo diſpoſitionem, quæ fit in loco Statuti, vel conſuetudinis, rationi, & juri conſentaneum eſt, ut ea vim ſuam exerant etiam ad bona alibi ſita; quoniam actuum ſolemnia ad eorum ſpectant Juriſdictionem in quorum territorio celebrantur; & alias contra rationem juris, teſtato decedere volenti, plura teſtamenta eſſent condenda, aut quod abſurdum eſt, plurium locorum conſuetudines in uno teſtamento exquirere oporteret, actumque unum, atque individuum, qualis eſt teſtamenti, ſecundùm diverſa loca dijudicari. Ubi contraria ſcite expedit, & prudenter temperat, novam quandam diſtinctionem Fachinei adde quæ nos, lib. 2, Select. quæſt. C. 19, plane ſi Lex expreſſe teſtatores ſequi jubeat jus loci, in quo bona ſita ſunt, aliud dicendum eſt: talis eſt conſtitutio Principum Brabantiæ, emiſſa anno 1611, cujus meminerunt Burgund.* &c.

Ainſi je n'adopterois pas, comme fait notre Auteur, la Loi du lieu où ſe fait le teſtament par une ſimple raiſon de convenance & de bien public; mais par une raiſon de regle & de principe, qui réſulte de la foi qu'on doit à un acte atteſté par les formalités juridiques & légales du lieu, où il eſt paſſé: voyez Expilly, *ch.* 78, & Chorier dans ſa Juriſprudence de Gui-Pape, *liv.* 14, *ſect.* 1^ere. *art.* 3, & je ne m'écarterois de l'application de ces principes, que dans un cas qui ne ſe rencontre guere, & qui n'eſt pas aiſé à prouver, qui eſt lorſqu'un homme domicilié dans un endroit qui exigeroit de certaines formalités rigoureuſes, iroit exprès, & ſans aucune néceſſité teſter ailleurs, uniquement pour ſe ſouſtraire à ces formalités.

C'eſt l'avis de Schotanus, *diſput. Juriſd.* 8, *n.* 17, *cùm teſtamentum eſt conditum à Forenſi eo loco, quo non tot ſolemnitates deſiderantur quot ubi domicilium habet, & ſua bona diſtinguere ſoleo, ut ſi ordinandæ ultimæ voluntatis cauſa ad eum locum quò pauciora ſolemnia ſolent, adhiberi conceſſerit, non valeat teſtamentum ne ſit in poteſtate calumnioſa ſubditorum juri publico derogare, & ſuo Magiſtratui alienas Leges obtrudere, nec enim privatorum cautiones Legum auctoritati nocent, eamque tollunt, L. fin. ff. de ſuis & legit. hæred. L. Neratius. verſ. quia, ff. de relig.*

Notre Auteur demande, en ſecond lieu, ſi un homme qui teſte par haſard dans un lieu, non pas ſelon les formalités du lieu, mais ſelon celles de la ſituation des biens dont il diſpoſe, fait un teſtament valable; & il dit, que quelques-uns ont eſtimé l'affirmative, pourvu que les Loix de la ſituation fuſſent celles du domicile du Teſtateur. Autrement, & ſuppoſé que le Teſtateur n'y fût pas domicilié, le teſtament ſeroit nul; mais à ſon égard, il croit ſans diſtinction le teſtament bon, & obſerve que le domicile ne fait rien à la queſtion : il en apporte pour raiſon, que les Statuts qui reglent les formalités, ſont des Statuts réels, & que les teſtaments emportant aliénation & tranſlation du Domaine, il faut ſe renfermer dans la Loi de la ſituation, ſoit que ce ſoit celle du domicile, ou non.

On voit que notre Auteur a un grand penchant à donner dans les principes de Burgundus; il eſt vrai qu'il croit auſſi que le teſtament fait ſuivant les formalités du lieu, où il ſe paſſe, eſt pareillement bon, même pour les biens ſitués ailleurs; mais il ne ſe détermine à cet avis que par des raiſons de convenance & de bien public, & que par la grande faveur des teſtaments, qui autoriſe un Teſtateur à choiſir la voie qui lui paroît la plus commode, entre les formalités du lieu du teſtament, & les formalités du lieu de la ſituation des biens.

Mais ſi les teſtaments méritent tant de faveur, pourquoi ces mêmes Auteurs ne veulent-ils pas que le Teſtateur ait pareillement le choix de teſter, ſuivant les formalités de ſon domicile, encore qu'il teſte ailleurs, & encore que ces formalités ne ſoient pas celles de la ſituation, s'il les trouve plus faciles que les deux autres?

Je ſais que ceux qui décident qu'il faut ſuivre les formalités du lieu où l'acte ſe paſſe, répondront qu'ils ſont fondés ſur ce

que ces formalités doivent être probantes, & que quoique probantes ailleurs, elles ceſſent d'être telles, dès qu'elles ne ſont pas celles du lieu où l'acte eſt paſſé : ce ſont dès-lors des formalités privées, vaines & impuiſſantes par elles-mêmes, & qui n'ont aucune publicité, ni authenticité.

D'un autre côté, ceux qui ſe déterminent pour les formalités du lieu de la ſituation, en apportent une raiſon auſſi fort plauſible. Les Loix de la ſituation exigent certaines formalités pour l'aliénation & la tranſlation des fonds ; les teſtaments operent cette tranſlation, il n'eſt donc pas abſolument contre les principes, de regarder comme valable, un teſtament revêtu des formes du lieu, où ces fonds ſont ſitués.

Au lieu que, quand un homme teſte hors ſon domicile, & que ſes biens ſont ſitués encore ailleurs, quelles raiſons peut-on alléguer, pour ſoutenir valable un teſtament fait ſuivant les formalités du domicile ? Ces formalités ſont étrangeres à l'acte, dès qu'il eſt paſſé ailleurs. Elles le ſont pareillement aux biens qui ſont ſitués hors le domicile, & par conſéquent il n'eſt pas poſſible d'y déférer aucunement.

Mais ſi cela n'eſt pas poſſible en faveur du domicile ſeul, je dis que cela n'eſt pas poſſible non plus, en faveur de la Loi de la ſituation qui n'eſt pas celle du lieu du teſtament.

Il faudroit préſuppoſer d'abord que le Teſtateur n'auroit teſté que des fonds ſitués dans un même endroit : car s'il diſpoſe de fonds ſitués en différentes Coutumes, qui exigent, pour teſter, différentes formalités, le teſtament devroit dès-lors être revêtu des formes de tous ces différents endroits ; autrement, ou il ſeroit nul dans ſa totalité, ou l'on en ſeroit réduit à ſoutenir un même acte nul, dans la forme, pour certains fonds, & valable, dans la forme, pour d'autres ; un acte qui feroit foi pour partie, & qui n'en feroit pas pour l'autre ; il ſeroit acte, & ne le ſeroit pas : ce qui emporte contradiction.

Enfin, & cette raiſon me paroît péremptoire. Le teſtament eſt un acte contenant la volonté de l'homme. Cette volonté doit être certaine & atteſtée ; c'eſt-à-dire, qu'il doit être certain par un acte en bonne forme, que la perſonne a voulu telles & telles choſes : car il n'eſt ici queſtion ſimplement que des formalités atteſtatoires. Mais qui peut atteſter la vérité d'un acte, ſi ce n'eſt la Loi où il a été paſſé, & ſous l'autorité de laquelle il a été paſſé ?

Auſſi Hertius *de Colliſ. Legum, ſect.* 4, *n.* 10, dit préciſément que *ſi lex actui formam dat, inſpiciendus eſt locus actûs, non domicilii, non rei ſitæ;* la Loi du lieu où l'acte a été paſſé, atteſtant la vérité d'un acte, cet acte ne peut plus être révoqué en doute; & dès que l'acte eſt véritable, il n'eſt pas poſſible de ne pas déférer à une volonté certaine & valablement atteſtée, qui eſt le but que ſe ſont propoſé les Loix, en déterminant les formalités des teſtaments.

Schotanus, *loco citato*, *n.* 20, eſt pour la validité du teſtament fait ſuivant les Loix du domicile, quoique fait hors le domicile. *Si quis in teſtamento quod extra ſuum locum condidit, ſatisfecerit patriæ ſuæ legibus, non vero ejus loci ubi fecit, nullius momenti non erit quod fecit.* La raiſon qu'il en donne me paroît fort mauvaiſe. *Solemnitates actûs pertinent non tam ad eum locum ubi quid agitur, quàm ad domicilii locum;* ce qui eſt combattre abſolument les principes les plus ſuivis en cette matiere.

Notre Auteur examine, en troiſieme lieu, ſi un teſtament fait dans un lieu où il ſuffit d'un Notaire & de deux témoins, ſeroit valable dans le cas où le Teſtateur auroit employé les formalités du Droit Romain, & il penche à dire qu'il ſeroit bon, par la raiſon que les formalités du Pays Coutumier ne ſont pas contre le Droit Romain, mais outre le Droit Romain qui n'a pas été abrogé expreſſément, & que l'on doit regarder comme ayant actuellement lieu.

Il donne cette déciſion en général; mais il héſite pour la Province d'Utrecht, à cauſe des Lettres d'octroi dont il doit parler par la ſuite.

Examinons donc la queſtion par rapport à la France, où les Lettres d'Octroi ne ſont pas néceſſaires.

La France eſt diviſée en Pays Coutumier & en Pays de Droit écrit.

Dans le Pays Coutumier, le Droit Romain n'eſt regardé que comme une raiſon écrite, une regle d'équité, comme le ſentiment de perſonnes habiles, comme un Art & une Science contenant de bonnes maximes, mais qui n'a pas force de Loi. *Jus verò Romanorum non habet vim Legis in Gallia, quæ nullas alias Leges agnoſcit præter ſuas, ſed in judiciis tantum, ut rationem, ut exemplum, ut æquitatis normam, ut authoritatem, prudentiam, ut veram juſtitiæ rationem, ut Artem & Scientiam*

*Juris poſſe adduci & allegari.* Arthur. Duck, *de uſu & auth. Juris civilis, lib. 2, cap. 5, n.* 30.

Il eſt pourtant vrai que le Droit Romain étoit obſervé en France comme Loi, dès le temps de la premiere Race de nos Rois. Mrs. Berroyer & de Lauriere, dans leur Préface, étant à la tête du Livre intitulé, *Bibliotheque des Coutumes, p.* 42, nous en apportent pluſieurs preuves qui concernent même les teſtaments.

Il eſt certain, par exemple, diſent-ils, que ſous nos Rois de la premiere Race, les Loix Romaines étoient obſervées à l'égard des teſtaments ; on le voit par le teſtament d'Armentrude que Dom Mabillon a donné à la fin de ſa Liturgie Gallicane, & par ceux de Bertrand & d'Hadoinde, Evêques du Mans, que le même Pere a donné dans le troiſieme tome de ſes Analectes.

Si ces Loix ne ſont plus obſervées parmi nous, c'eſt, premiérement, parce que le Concile de Lyon, de l'année 567, au Canon 2 ; & celui de Paris, en l'an 615, au Canon 10, déclarent valables tous les teſtaments faits en faveur des Egliſes, où les formalités des Loix Romaines n'auront pas été obſervées.

La ſeconde raiſon eſt qu'Alexandre III, en 1170, par une de ſes Epîtres écrite à l'Evêque d'Oſtie, ordonne qu'il ſuffiroit, à l'avenir, pour la validité des Teſtaments, qu'ils fuſſent paſſés pardevant le Curé & deux ou trois témoins. Cette Epître fut inſérée par Grégoire, dans ſes Décrétales, *cap.* 10, *extra de teſtamentis*, & eſt devenue un Droit preſque univerſel.

Quelques Conciles, comme celui d'Albi, *tom.* 2. *Spicilegii, pag.* 638, donné au Public par Dom Luc d'Achery, ayant défendu, ſous peine d'être privé de la ſépulture, de teſter ſans avoir appellé ſon Curé, ou un Prêtre commis de ſa part, delà eſt venue la diſpoſition de la plupart de nos Coutumes, qui portent que les teſtaments ſolemnels doivent être paſſés devant le Curé de la Paroiſſe, ou ſon Vicaire, & trois témoins.

Quant à la Hollande, dont la Province d'Utrecht fait partie, elle ſe vante, dit Arthurus Duck, *loc. cit. n.* 42, de n'avoir jamais été ſubjuguée par les Romains. Elle convient néanmoins avoir autrefois embraſſé volontairement ſes Loix. *Inter Belgas verò Batavi præcipuè gloriantur ſe nunquam fuiſſe à populo Romano debellatos, nec Bataviam fuiſſe unquam inter Pro-*

*vincias Romanas populi Romani vel Cæſarum, ſed in ſocietatem Romanorum admiſſos & ab iis ſocios, amicos, & fratres populi Romani, & imperii Romani dictos fuiſſe, atque ita ex mutua utriuſque populi ſocietate, amicitia, & commerciis leges Romanorum à Batavis fuiſſe receptas.*

Mais enfin, ſoit en France, ſoit en Hollande, il eſt certain que ces deux Nations ſont, pour une très-grande partie, gouvernées par des Coutumes qu'elles ont adoptées; que ces Coutumes fixent & déterminent les formalités des teſtaments, abſolument & ſans aucune reſtriction. Ce ſont, ſi l'on veut, de nouvelles Loix; mais elles ſont Loix, & il faut y déférer & les exécuter telles qu'elles ſont écrites.

Ces nouvelles Loix ne ſont pas, dit-on, contraires au Droit Romain; mais elles ſont outre le Droit Romain. Je diſtingue, ſi les formalités abrégées de certaines Coutumes ſont renfermées dans celles du Droit écrit; par exemple, ſi quelques Coutumes n'exigent que deux ou trois témoins, pendant que les Pays de Droit écrit en exigent un plus grand nombre, il eſt vrai de dire effectivement, dans ce cas, qu'un homme qui teſte ſuivant les formes du Droit écrit, accomplit celles du Droit coutumier. Le plus grand nombre de témoins qu'il appelleroit au-delà de celui exigé dans le lieu où il teſte, ne ſauroit vicier ce teſtament, quand même il y auroit quelque irrégularité, ou quelque nullité commiſe; mais qui ne regarderoient que les témoins ſurnuméraires, ſuivant la maxime de M^e Ch. du Molin, *tit. des Fiefs, gl.* 4, *n.* 68. *Quando aliquid non requiritur de neceſſitate in aliquo actu, ſi illud intervenerit, etiam inepte vel nulliter, non habet vitiare actum.* Et M^e Ch. du Molin en donne cet exemple : *ut ſi in teſtamento ſint decem teſtes cùm ſufficiant ſeptem.* Voyez Ranchin dans ſes déciſions, données au Public par Philippe Bornier, *verbo, ſolemnitas, concluſ.* 426, à quoi, néanmoins, il faut ajouter une exception, *quando additio derogat formæ*, voyez Mol. *L.* 1^a. §. *ſed ſi mihi, de verbor. oblig.*

Mais ſi les formalités requiſes dans certaines Coutumes, ne ſont renfermées dans celles du Droit Romain, qu'en ce qu'elles exigeront un nombre moindre de témoins; mais que d'ailleurs elles exigent que ces témoins ſoient d'une autre qualité que celle requiſe par le Droit Romain, en ce cas, on ne peut pas dire que les formalités de ces Coutumes ſoient renfermées dans

dans celles du Droit Romain. Par exemple, le Droit Romain exige ſept témoins, & il ſe contente, en ce qui eſt de l'âge, qu'ils ſoient puberes, & même il n'exige qu'un ſeul Officier public : quelques Coutumes, au contraire, n'exigeront que deux témoins; mais elles voudront que ce ſoient deux Notaires: ou elles n'exigeront qu'un Notaire & deux témoins; mais elles voudront que ces deux témoins aient au moins vingt ans: dans ces cas, on ne peut pas dire, que les formalités de ces Coutumes ſoient renfermées dans celles du Droit Romain. C'eſt pourquoi, dans les premieres Coutumes, il faudra identiquement deux Notaires; de ſorte que dix témoins avec un ſeul Notaire, ne remplaceroient pas les formalités des deux Notaires requis identiquement par la Coutume, & dans les autres Coutumes, dix témoins, ſimples puberes, & au-deſſous de vingt ans, ne remplaceroient pas la formalité de deux témoins âgés de vingt ans; voyez Ricard des donations, *part.* 1^ere^. *n.* 1583, voyez auſſi la note de M^e^ J. Brodeau, *art.* 8 *du ch.* 7 de la Coutume de Bourgogne, au Coutumier général.

Ainſi je ne ſerois pas indiſtinctement de l'avis de notre Auteur, ſur cette troiſieme queſtion; mais bien ſous la diſtinction que je viens de faire. Au ſurplus, voyez la nouvelle Ordonnance de 1735, *art.* 22 *&* 23, pour ſavoir ſi elle ne déroge pas aux Coutumes qui exigent identiquement deux Notaires.

Hertius *loc. cit.* met une exception en faveur des Ambaſſadeurs & de ceux qui les accompagnent, leſquels peuvent teſter ſuivant les Loix de leur domicile; voyez les *art.* 27, 28, 29, 30, 31, de la nouvelle Ordonnance de 1735.

Les Anglois refugiés en France à la ſuite de Jacques II, ont été conſervés dans leurs Loix : ils peuvent teſter de leurs biens, quant à la forme, comme ils le pratiquent en Angleterre, & leurs teſtaments revêtus de cette forme, ſont regardés en France comme valables. Louis XIV fit écrire à cette occaſion à M. le Lieutenant-Civil le Camus, le 1 Mars 1704: Lettre pareille au Chapitre de Saint-Pierre de Lille, du 15 Mars 1741.

## OBSERVATION XXII.

*Inſtitution d'héritier.*

LES queſtions que je viens de traiter, & qui regardent les formalités des teſtaments, me donnent occaſion de parler de l'inſtitution d'héritier, que nos Juriſconſultes Romains diſent être, *intrinſeca & ſubſtantialis forma teſtamenti, ipſum teſtamentum formale.*

C'eſt un principe certain, que l'inſtitution d'héritier chez les Romains étoit, *caput & fundamentum totius teſtamenti. Inſtit. de Legat.* §. 34.

En effet l'objet d'un teſtament chez cette Nation, étoit de ſe faire un héritier. *Teſtamentum eſt ſuprema conteſtatio in id ſolemniter facta, ut quem volumus, poſt mortem habeamus hæredem.* Vinnius, *inſt. lib.* 2°. *de teſtam. ordin. n.* 2.

Il y a plus, *ſola hæredis inſtitutio, teſtamentum eſt,* dit M. Cujas, *ad tit. de hæred. inſtit.*

L'inſtitution d'héritier étoit tellement intrinſeque & conſtitutive du teſtament, que dans l'ancien Droit, le teſtament ne commençoit qu'avec l'inſtitution d'héritier, de ſorte que les legs particuliers qui étoient faits auparavant, étoient regardés comme inutilement faits, & ne pouvoient avoir lieu, encore même que l'inſtitution ſubſiſtât. C'eſt la diſpoſition du même, §. 34, *inſtit. de legat.*

Par le Droit plus nouveau, il a été indifférent que le Teſtateur commençât ou finît ſon teſtament par l'inſtitution d'héritier; mais il falloit, comme auparavant, qu'il en fît une pour faire un teſtament valable, ſans quoi le teſtament étoit anéanti dans ſon entier, parce que dans le nouveau, comme dans l'ancien Droit, l'inſtitution d'héritier en étoit la baſe & le fondement, *quia teſtamenta vim ex inſtitutione hæredis accipiunt, & ob id, veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti hæredis inſtitutio.*

Nos interpretes du Droit Romain agitent la queſtion de ſavoir, ſi un teſtament fait dans un lieu où le nombre de deux témoins ſuffit, pouvoit avoir ſon exécution dans les lieux qui

en exigent un plus grand nombre. V. Harpreck, §. 3 & 4, *de teſtam. ordin.* & Vinnius, §. 14, *inſtit. eod. tit.* Nous venons d'en parler dans l'obſervation précédente ; mais ces Auteurs n'agitent point la queſtion de ſavoir, ſi les teſtaments faits en Pays de Droit écrit, ſans inſtitution d'héritier, pouvoient être exécutés, pour les biens ſitués ailleurs, où pareille inſtitution n'étoit pas néceſſaire, *& vice verſâ*, ſi ceux faits en Pays où l'inſtitution n'eſt pas néceſſaire, & qui ne contiennent pas d'inſtitution, pouvoient être exécutés pour les biens ſitués en Pays de Droit écrit. En effet, nos interpretes Romains ſuppoſent que les teſtaments dont ils parlent, ſont tous réguliérement faits, quant à leur ſubſtance intrinſeque, qui eſt l'inſtitution d'héritier, en ſorte que l'objet de leurs recherches n'eſt ordinairement que par rapport aux formalités atteſtatoires, c'eſt-à-dire, par rapport au nombre des témoins plus ou moins grand, requis dans les différents endroits où ces teſtaments peuvent être paſſés ; au moyen de quoi nous ne ſaurions tirer un grand ſecours de ces différents Commentateurs, pour la déciſion des queſtions que nous venons de préſenter.

Nos Juriſconſultes François, que l'expérience & l'uſage des affaires ont ſouvent placés entre les Loix du Pays coutumier, & celles du Pays de Droit écrit, ont à leur égard beaucoup agité, quelle étoit la nature de l'inſtitution d'héritier, requiſe en Droit écrit, pour ſavoir l'uſage qu'ils en pouvoient faire dans les autres endroits, & l'on peut former deux avis.

Le premier ſera de dire, que l'inſtitution d'héritier n'eſt qu'une pure formalité, & il ſembleroit à la premiere lecture, que M. Froland l'auroit penſé ainſi, *pag.* 140, de ſes Mémoires ſur les Statuts, puiſqu'il l'a dit préciſément ; mais parler ainſi, c'eſt contredire ouvertement tous nos Auteurs Romains, qui diſent que l'inſtitution d'héritier, *eſt intrinſeca & ſubſtantialis forma teſtamenti.*

M. Froland ajoute que l'inſtitution d'héritier n'auroit pas d'effet ſur les biens ſitués ſous les Coutumes de Poitou, Nivernois, Bourbonnois, Montargis, Vitry, Normandie, &c. mais quoique la propoſition ſoit vraie en elle-même, elle ne l'eſt pas, ſi on n'enviſage l'inſtitution d'héritier que comme pure formalité ; & elle contredit encore les Auteurs de toutes les Nations, qui tous aſſurent, que ce qui eſt de pure formalité dans un lieu, étant rempli, l'acte a ſon effet par-tout.

Je ſais bien que l'inſtitution d'héritier, faite dans les Pays de Droit écrit, n'a pas communément force d'inſtitution dans les Pays de Coutumes; M. Froland l'a dit, & je le dis avec lui; mais ce n'eſt pas en la regardant comme pure formalité.

En effet, ſi l'inſtitution d'héritier eſt de pure formalité, comment une Coutume ſera-t-elle en droit de rejetter une pareille inſtitution ſur le fondement qu'elle n'admet pas cette formalité, quand d'ailleurs elle eſt admiſe dans le lieu d'où part l'acte qui en eſt revêtu?

Si cette Coutume n'a pas droit de rejetter l'inſtitution d'héritier, parce qu'elle eſt reçue & admiſe dans le lieu d'où l'acte eſt émané, il faudra donc dire que l'inſtitution aura ſon effet dans cette Coutume contre ſa diſpoſition préciſe; ce que l'on ne ſauroit admettre, & ce qui fait connoître que l'inſtitution d'héritier doit être regardée autrement que comme pure formalité.

Que ſi l'on dit, par forme d'interprétation, que cette formalité eſt intrinſeque & conſtitutive, *intrinſeca & ſubſtantialis forma teſtamenti*, cette addition ſera conforme au langage de tous les Juriſconſultes; mais je ne puis m'empêcher d'obſerver que jamais ſous les termes de *pure formalité*, on n'a déſigné une diſpoſition intrinſeque & conſtitutive: cette expreſſion, *pure formalité*, marque une formalité purement atteſtatoire & probante, ou purement complémentaire & extrinſeque.

Par exemple, dans la vente, il y a l'écriture, les témoins, le conſentement des Parties, la choſe vendue, le prix de la choſe; jamais on n'a dit que le conſentement des Parties fût une pure formalité, on ne l'a jamais dit de la choſe vendue, ni du prix de la choſe, quoique le conſentement des Parties, la choſe & le prix de la choſe, ſoient autant de parties intégrantes & conſtitutives de la vente; mais on le dit excellemment de l'écriture & des témoins qui ſont purement pour faire preuve de la vente; on le dit encore de l'inſinuation qui n'eſt requiſe que depuis l'exiſtence de l'acte.

Je conviendrai volontiers que ce terme *formalité*, quand il eſt ſeul, eſt employé indifféremment pour ſignifier ce qui eſt de forme intrinſeque & conſtitutive, comme ce qui eſt de forme extrinſeque. Mais il faut convenir auſſi que quand on joint enſemble ces deux termes, *pure formalité*, on les entend ordinairement de la formalité extrinſeque & non ſubſtan-

tielle & conſtitutive de l'acte. Voyez la Diſſertation ſuivante.

Le ſecond avis, au ſujet de l'inſtitution d'héritier, ſera qu'elle eſt une véritable diſpoſition réelle. L'homme qui fait une inſtitution d'héritier, diſpoſe de ſa ſucceſſion, comme celui qui fait un legs univerſel, diſpoſe de tous ſes biens.

Delà il faudroit conclure qu'en quelque endroit qu'un homme fût domicilié, & en quelque lieu qu'il teſtât, s'il vouloit diſpoſer de ſa ſucceſſion dans le Pays de Droit écrit, il ne le pourroit, qu'autant qu'il inſtitueroit nommément un héritier *& vice verſâ ;* qu'un homme domicilié, même en Pays de Droit écrit, & qui y teſteroit, ne ſeroit pas tenu de faire une inſtitution d'héritier, ſi ſes biens étoient ſitués en Pays de Coutumes. Cependant il y a eu ſur cette queſtion particuliere une grande contrariété d'opinions. Voyez Ricard, des Donations, *partie premiere, ch. 5, ſect. premiere, & le n°.* 315 de ſon Traité du Don Mutuel. Taiſant, ſur Bourgogne, *tit.* 7, *art.* 4. Olive, *liv.* 3, *ch.* 25. Henrys, *tom.* 1, *queſt.* 105, *& tom.* 2, *p.* 625. L'Arrêt du 2 Août 1656, rapporté par Soëfve, & celui du premier Septembre 1661.

Cette queſtion n'eſt pas, ſelon moi, ſi difficile que l'on pourroit croire ; mais il faut ſe fixer à des idées ſimples, & s'attacher à développer la véritable nature de l'inſtitution d'héritier.

Il n'eſt pas poſſible d'abord de la regarder comme une pure formalité, & nous nous contenterons, à cet égard, de ce que nous venons de dire, en ajoutant que Juſtinien n'a point parlé de la néceſſité de l'inſtitution d'héritier pour la validité du teſtament, dans le titre des Inſtituts *de teſtam. ordin.* qui eſt pourtant l'endroit où il en auroit dû parler, s'il avoit cru que l'inſtitution d'héritier ne fût que de pure formalité. Il n'en a fait mention qu'au titre *de Legat.* §. 34, où il traite de ce qui peut être la matiere de la diſpoſition teſtamentaire, & où il prend ſoin d'avertir que *teſtamenta vim ex hæredis inſtitutione accipiunt, & ob id, veluti caput atque fundamentum intelligitur totius teſtamenti, hæredis inſtitutio ;* ce qui fait ſuffiſamment connoître que l'inſtitution d'héritier n'appartient point à la pure formalité.

Reſte donc à dire que l'inſtitution d'héritier eſt une véritable diſpoſition, qui, à la vérité, eſt la baſe & le fondement du teſtament, mais toujours diſpoſition en elle-même de

l'hérédité. Auſſi nos Auteurs l'appellent-ils *Datio ſucceſſionis.* Cujas *ad Affrican. tract. 2, ad L. ſi mater.*

Pour mieux me faire entendre, il faut obſerver que dans le Pays Coutumier, c'eſt la conſanguinité qui fait les héritiers, & la Loi a donné ſon ſuffrage à ceux ſeulement qui, par la trace du ſang, ſont les plus proches parents du défunt, ſauf le côté & ligne, & autres diſpoſitions réelles, en ce qui regarde les propres.

Ainſi dans le Pays Coutumier, un Teſtateur ne ſauroit jamais ſe faire un héritier, autre que celui déſigné par le ſang & par la Loi. *Gignuntur, non ſcribuntur hæredes;* & quelque diſpoſition univerſelle qu'il faſſe, il fait un ſimple ſucceſſeur de biens, & non pas un héritier : le *nomen Juris* reſte toujours ſur la tête de l'héritier déſigné par la Loi, qui eſt ſaiſi de la ſucceſſion, & duquel, celui au profit de qui le Teſtateur a diſpoſé même univerſellement, eſt obligé d'obtenir la délivrance du legs univerſel fait à ſon profit.

Mais dans le Pays de Droit écrit, le Teſtateur peut non-ſeulement diſpoſer des biens de ſa ſucceſſion, il peut encore diſpoſer de ſa ſucceſſion en elle-même, du *nomen Juris*, il peut ſe créer un héritier qui, à l'inſtant de ſon décès, eſt ſaiſi, au lieu de l'héritier de la Loi. Cet héritier créé n'eſt pas ſimplement *ſucceſſor bonorum;* il eſt *ſucceſſor juris;* il eſt vraiment héritier.

C'eſt l'importance de cette diſpoſition qui avoit déterminé les Romains à exiger des formalités ſi authentiques & ſi multipliées.

On ſait que dans l'ancien Droit les teſtaments ſe faiſoient en temps de paix, d'une maniere très-ſolemnelle & très-authentique, puiſqu'ils ſe faiſoient dans les Aſſemblées du Peuple, *Calatis comitiis.* Il n'y avoit que ceux qui étoient preſſés d'aller au combat, qui fuſſent diſpenſés de ces formalités ſi publiques. Ils pouvoient teſter *coram tribus, quatuorve commilitonibus*, & ce teſtament s'appelloit *teſtamentum in procinctu.* Par la ſuite on introduiſit une troiſieme maniere qui n'étoit pas, à la vérité, ſi publique que la premiere, ni ſi ſimple & ſi facile que la ſeconde, mais qui avoit une ſorte de publicité, tant par les différentes façons & cérémonies qu'on y employoit, que par le nombre de témoins qu'on y appelloit, & ce teſtament ſe nommoit *per æs & libram;* enfin par le ſecours du Prêteur, on eſt parvenu à écarter certaines cérémonies aſſez inutiles &

de pure formule; l'on s'eſt fixé à ce qui pouvoit aſſurer la vérité de la diſpoſition du Teſtateur, & l'on s'eſt renfermé à exiger un nombre de témoins aſſez conſidérable, pour que la diſpoſition ne pût jamais être révoquée en doute; mais de quelque maniere, & ſous quelque formalité que ſe fît le teſtament, il falloit toujours faire une inſtitution d'héritier, parce que dans tous les temps l'inſtitution d'héritier a été *caput & fundamentum totius teſtamenti.*

C'eſt pourquoi quand un homme ne vouloit pas faire un héritier, ni diſpoſer à cauſe de mort, *magnâ illâ ultimâ voluntate*, mais que ſon intention n'étoit que de faire une ſimple diſpoſition de ſes biens, & de diſpoſer *parvâ ultimâ voluntate*, il avoit la voie des codicilles, dont les formalités étoient moins authentiques & moins embarraſſées; auſſi, comme l'on voit, l'objet n'étoit pas ſi intéreſſant.

Un homme ne prenoit donc la voie de faire un teſtament, que quand il vouloit ſe créer un héritier, en ſorte que l'inſtitution d'héritier & le teſtament étoient deux corrélatifs indiviſibles & inſéparables : pour faire un teſtament, il falloit une inſtitution d'héritier; & pour faire une inſtitution d'héritier, il falloit néceſſairement un teſtament.

Dans notre Pays coutumier, où les inſtitutions d'héritier n'ont point lieu, on a prétendu que nos teſtaments n'étoient que de ſimples codicilles, *in terminis conſuetudinum hujus regni teſtamenta magis rem habent codicillorum & legatorum quàm ſolemnium inſtitutionum ſecundùm formulam juris ſcripti quæ fere exolevit. Mol. ad Dec. part. 2, Cod. ad Rub. quando non petent. part.* Et cela eſt vrai, ſi on en juge par ce qui ſe pratiquoit chez les Romains, où il n'y avoit pas de teſtaments, qu'il n'y eût une inſtitution d'héritier, & où même, en un ſens, *ſola hæredis inſtitutio teſtamentum erat.* Mais ſi on en juge par nos mœurs coutumieres, ſelon leſquelles nous ne pouvons pas, à la vérité, faire d'inſtitution d'héritier, mais faire des diſpoſitions univerſelles de nos biens, pourquoi ne nous ſeroit-il pas permis d'honorer les actes qui les contiennent, du nom de teſtament, & de dire, comme chez les Romains, que ces actes de diſpoſition derniere, *ſunt juſta ſententia de eo quod quis poſt mortem ſuam fieri velit?* auſſi ſont-ils qualifiés tels par toutes nos Coutumes.

Ainſi l'inſtitution d'héritier eſt une diſpoſition que le Teſ-

tateur fait de ſa ſucceſſion dans les Pays de Droit écrit, comme le legs univerſel eſt une diſpoſition qu'il fait des biens de ſa ſucceſſion, dans les Pays de Coutume.

Donc il eſt néceſſaire de dire, que quand la Loi dans le Pays de Droit écrit, permet d'inſtituer un héritier, elle permet une véritable diſpoſition : elle autoriſe que l'homme diſpoſe de ſon hérédité, comme les Coutumes l'autoriſent à diſpoſer de ſes biens.

M. Froland, *pag.* 849, de ſes Mémoires, me paroît s'être expliqué plus exactement qu'en la *pag.* 140 : voici comme il s'exprime. *L'inſtitution d'héritier n'eſt pas une forme ou ſolemnité de teſtament, qui ſe regle par la Loi du domicile ; c'eſt un droit de ſuccéder, que la perſonne inſtituée acquiert au moyen de l'inſtitution qui a été faite en ſa faveur.*

Il eſt vrai, que chez les Romains, cette inſtitution d'héritier étoit aſſujettie à quelques formalités aſſez rigoureuſes & même aſſez bizarres : il falloit, par exemple, qu'elle fût faite en certains termes. L'acte qui devoit la contenir, étoit aſſujetti à certain nombre de témoins : ces témoins devoient être appellés & convoqués expreſſément à cet effet, outre encore quelques autres formalités ; mais il en réſultoit ſeulement, que l'inſtitution d'héritier, comme acte important, puiſqu'il tranſportoit ſouvent à un étranger, ce qui étoit dû au ſang & à la parenté, ne devoit pas être faite ſans beaucoup de circonſpection & de délibération, & tout ce qui étoit requis, ne tendoit qu'à s'aſſurer de la volonté préciſe & méditée du Teſtateur.

Ainſi l'inſtitution d'héritier étoit une véritable diſpoſition aſſujettie à certaines formalités, à la vérité, mais toujours diſpoſition.

Or, on ne ſauroit nier que cette nature de diſpoſition ne ſoit toute réelle : c'eſt auſſi la conſéquence qu'en tire M. Froland, qui dit, que l'on tient pour maxime, que les droits de cette qualité de ſuccéder, ſe gouvernent & ſe régiſſent par les Coutumes des lieux où les biens ſont ſitués.

En effet, on ne ſauroit s'égarer en aſſimilant, quant à la réalité, la nature des diſpoſitions teſtamentaires permiſes dans les Pays de Droit écrit, à la nature de celles permiſes dans les Pays de Coutume ; ce ſont également des diſpoſitions réelles.

Entre nos Coutumes, il y en a qui permettent de diſpoſer par teſtament de la totalité des meubles & acquêts ; d'autres qui

qui en reſtreignent la diſpoſition, à une certaine quotité ; les unes interdiſent toutes diſpoſitions de propres ; les autres permettent de diſpoſer du quint, & quelques-unes du tiers ; & toutes ces différentes Loix ne reglent inconteſtablement que des diſpoſitions de l'homme, & ces diſpoſitions ſont réelles.

Mais le point de la difficulté conſiſte en ce que l'inſtitution d'héritier, qui eſt effectivement une diſpoſition de l'homme, étoit néceſſairement liée avec le témoignage de ſept témoins, & ce témoignage de ſept témoins étoit néceſſairement lié avec l'inſtitution d'héritier ; de ſorte que le nombre de ſept témoins étoit auſſi-bien que l'inſtitution d'héritier, *forma intrinſeca & ſubſtantialis teſtamenti.* Cela prouve ſeulement, que l'inſtitution d'héritier étoit une diſpoſition ; mais qui ne pouvoit être faite que par une acte revêtu de certaines formalités, & ils appelloient cet acte, *teſtamentum*, comme nous appellons dans le Pays coutumier, *teſtament*, nos actes de derniere volonté, qui, revêtus de certaines formalités, ne contiennent que des legs univerſels.

Ainſi il y avoit chez les Romains l'inſtitution d'héritier, & les formalités de l'inſtitution ; & ces formalités tomboient partie ſur l'inſtitution même, & partie ſur l'acte qui la contenoit.

C'eſt ainſi qu'avant l'Empereur Conſtantin, l'inſtitution devoit être faite avec certaines formalités très-rigoureuſes ; mais par la ſuite on s'eſt beaucoup relâché ſur les formalités qui tomboient ſur l'inſtitution en elle-même. L'Empereur Conſtantin a eſtimé qu'il étoit peu convenable que la validité d'une inſtitution d'héritier dépendît de l'obſervation de certaines pratiques vaines & ſtériles. *Indignum eſt ob inanem obſervationem irritas fieri tabulas & judicia mortuorum.* Il falloit auparavant, pour faire une inſtitution d'héritier valable, employer des termes impératifs & non précaires. Cet Empereur voulut qu'on ne s'arrêtât pas préciſément à la différence de ces termes, *inſtitutioni hæredis, verborum non eſſe neceſſariam obſervantiam ;* que les termes, ſoit précaires, ſoit impératifs, euſſent également lieu, *utrum imperativis aut directis verbis fiat, aut inflexis, nec enim intereſt ſi dicatur, hæredem facio, vel inſtituo, vel volo, vel mando, vel cupio, vel eſto, vel erit.* Auparavant il falloit teſter en langue vulgaire, qui étoit la latine, & il per-

mit de tester en quelque langue que ce fût, *quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat;* & il se restreignit quant aux termes de l'institution à ceux qui pouvoient suffisamment manifester la volonté de faire un héritier, *si modo liquebit voluntatis intentio. L. quoniam, C. de testament.*

Ces premiers adoucissements de l'Empereur Constantin ne dispensoient pas de se nommer un héritier pour la validité du testament; mais cette nomination d'héritier n'est toujours au fond qu'une disposition réelle.

Dans nos mœurs nous avons procédé avec moins de rigueur & de scrupule, sans blesser néanmoins les regles qui peuvent assurer la vérité des dispositions.

Chez les Romains il falloit & il faut encore presque par tout le Pays de Droit écrit, que l'institution d'héritier soit attestée du témoignage de sept témoins, & même d'un huitieme, dans certains cas. L'Ordonnance de 1735 a confirmé ces formalités; mais dans certains lieux régis encore par le Droit écrit, ce grand nombre n'est pas toujours requis. L'Ordonnance ci-dessus n'a pas voulu déroger à ces usages, & l'institution d'héritier est aussi bonne dans ces endroits, avec un moindre nombre qu'avec un plus grand : c'est la disposition de *l'art.* 13, de ladite Ordonnance, & la sagesse de cette disposition se fait sentir aisément.

Quand, en effet, dans un lieu la vérité d'un acte s'établit d'une certaine maniere, & que cette maniere est par elle-même suffisante, il est de justice de maintenir chacun dans des usages louables; & quelque importante que soit l'institution d'héritier, c'est la volonté du Testateur que l'on recherche, & quand cette volonté est suffisamment constatée, il est juste qu'elle soit exécutée.

A la bonne heure que dans les lieux où les formalités sont plus rigoureuses, on observe la rigueur de ces formalités; chacun doit suivre les usages des lieux où il dispose, quelque onéreuses qu'en soient les formalités; mais aussi, quand elles le sont moins dans un lieu que dans un autre, cela ne peut jamais nuire à une volonté bien certaine & bien constatée, & c'est là apparemment le motif de la disposition de l'Ordonnance.

Chez les Romains & dans les Pays de Droit écrit du Royau-

me, ſi l'inſtitution d'héritier manquoit en quelque choſe, & ne pouvoit valoir, tout le teſtament étoit nul; mais ce droit n'étoit-il pas trop rigoureux ? Quoi, un homme fait ſon teſtament, il veut ſe faire un héritier & faire encore des diſpoſitions particulieres, il ſatisfait à toutes les formalités requiſes pour la preuve; mais parce qu'il ſe trouve quelque vice dans l'inſtitution, toutes les autres diſpoſitions tombent entiérement, & il meurt *inteſtat*: cela étoit bon chez des Juriſconſultes qui étoient infiniment formaliſtes; mais parmi nous, où les Loix ſont plus ſimples & plus accommodées au bien de la ſociété, ſi la volonté d'un Teſtateur peche dans une diſpoſition, il n'eſt pas juſte de le punir dans une volonté qui eſt ſage, raiſonnable, légitime, & ſuffiſamment atteſtée, & l'Ordonnance de 1735, *art.* 53, vient de fixer la Juriſprudence à cet égard.

Quelque certaine que ſoit la volonté d'un Teſtateur, quant à la forme, cette volonté doit être, quant aux biens, conforme aux Loix qui les régiſſent: c'eſt le droit de la réalité des Loix.

Quand donc les biens ſont ſitués dans des lieux où il eſt permis de diſpoſer de ſon hérédité par teſtament, il eſt juſte que la diſpoſition ſoit exécutée.

Quand, au contraire, les biens ſont ſitués dans des lieux où l'on ne peut diſpoſer que de ſes biens, & non de ſon hérédité, il eſt encore juſte de ſe renfermer dans ce que permet la Loi.

L'inſtitution d'héritier comprend, à la vérité, la diſpoſition univerſelle des biens, mais la diſpoſition univerſelle des biens ne comprend pas l'inſtitution d'héritier.

Or dans le Royaume il y a des Pays où l'inſtitution eſt permiſe, & il y en a où elle eſt défendue, & qui n'admettent que la diſpoſition des biens, univerſelle, ou particuliere.

Donc quand un homme a des biens répandus dans ces différents endroits, il eſt indiſpenſable de ſavoir quel ſera l'effet d'une inſtitution là où elle eſt défendue, & d'une diſpoſition univerſelle là où il faut une inſtitution.

L'Ordonnance de 1735 a voulu que l'inſtitution d'héritier eût ſon effet pour les biens ſitués en Pays où l'inſtitution eſt permiſe, & qu'elle eût l'effet d'une ſimple diſpoſition des biens dans ceux où l'inſtitution eſt défendue, & cela en quelque endroit que le Teſtateur ſoit domicilié, & en quelque endroit qu'il teſte. Ce ſont également des diſpoſitions réelles qui doivent être

accommodées à la réalité des Coutumes. *Articles 68 & 71.*

Mais l'Ordonnance n'a pas voulu que la diſpoſition univerſelle des biens, valût pour tout le monde une inſtitution d'héritier: elle a diſtingué les perſonnes, en s'attachant plus à la volonté des Teſtateurs, qu'à la rigueur des termes, ſelon que les choſes y ſont plus ou moins diſpoſées.

Ainſi un homme eſt domicilié dans le Pays de Droit écrit; il y a ſes biens, & il teſte par haſard en Pays de Coutume, & remplit toutes les formalités probantes, requiſes dans le lieu pour les teſtaments; mais au lieu de faire une inſtitution d'héritier, il fait un legs univerſel: cet homme, quant aux ſolemnités & formalités probantes & atteſtatoires, a fait tout ce qui étoit en lui, & il eſt en regle de ce côté-là. Mais il ſembleroit du côté de la diſpoſition en elle-même, que s'il vouloit diſpoſer de ſon hérédité, il devoit employer les expreſſions propres à faire connoître que telle étoit ſa volonté: car l'inſtitution d'héritier donne plus qu'un ſimple legs, quelqu'univerſel qu'il ſoit; mais quoi! cet homme ne ſait pas les termes; les perſonnes publiques devant qui il paſſe ſon teſtament, l'ignorent ſouvent eux-mêmes, & accoutumés à leur ſtyle & à l'expreſſion de legs univerſel, ils emploient cette expreſſion, plutôt que celle d'inſtitution d'héritier qu'ils ne connoiſſent pas; peut-on douter, en interprétant la volonté des Teſtateurs, que cet homme qui diſpoſe ainſi de l'univerſalité de ſes biens, ait voulu faire ce que la Loi de ſon domicile & de la ſituation de ſes biens lui permettoit de faire? L'Ordonnance de 1735, par les *Art. 68 & 69*, en vient encore de fixer la Juriſprudence.

Un homme, au contraire, eſt domicilié dans les Pays de Coutume; il a ſes biens ſitués en Pays de Droit écrit; il teſte ſuivant la forme preſcrite dans le lieu où il eſt domicilié; il eſt pareillement certain que du côté des formalités probantes & atteſtatoires, il n'y a rien à arguer. Mais cet homme fait par ſa diſpoſition de derniere volonté, un legs univerſel, comme a fait celui domicilié au Pays de Droit écrit, dont nous venons de parler; il ſembleroit que ces deux Teſtateurs diſpoſant de biens ſitués dans le même Pays de Droit écrit, & uſant l'un & l'autre du même langage, la déciſion devroit être la même; mais en interprétant la volonté de ce Teſtateur, nourri dans les Loix du Pays Coutumier, il n'eſt préſumé avoir voulu que ce que vouloient les autres Teſtateurs, qui, domiciliés

comme lui en Pays de Coutume, ſont des Légataires univerſels, & ſa diſpoſition univerſelle ne peut avoir d'autre effet que celui qu'il eſt préſumé avoir eu dans l'intention, & ne vaudra par conſéquent que comme legs univerſel dans les Pays de Droit écrit. C'eſt la diſpoſition de *l'Article* 72 de la même Ordonnance.

Ainſi pour nous réſumer, l'Ordonnance de 1735 s'eſt, d'une part, conformée à la Loi de la ſituation des biens, & d'une autre, elle a, ſelon les occurrences, interprété la volonté des Teſtateurs, ſans d'ailleurs bleſſer les Loix.

C'eſt ainſi qu'à l'égard du domicilié en Pays de Droit écrit, qui teſte ailleurs, & qui fait une diſpoſition univerſelle, mais non qualifiée d'inſtitution d'héritier, l'Ordonnance veut, (& cela en interprétant la volonté des Teſtateurs,) que cette diſpoſition vaille inſtitution dans tous les endroits où elle peut valoir.

La même Ordonnance veut que cette diſpoſition reſte ſimple diſpoſition univerſelle pour les lieux où l'inſtitution n'a pas lieu, & c'eſt en ſe conformant à la diſpoſition réelle des Lieux.

Mais par rapport au domicilié en Pays de Coutume, un legs univerſel n'eſt toujours qu'un legs univerſel qui ne donne que les biens, & non pas le *nomen Juris*, & cela par interprétation de la volonté des Teſtateurs, à moins que tel domicilié en Pays de Coutume, n'emploie les termes d'inſtitution d'héritier, auquel cas il fait effectivement un héritier, où il en peut faire, parce que ſa volonté y eſt préciſe, & la Loi de la ſituation conforme, & comme dans le plus, il y a le moins, cette inſtitution d'héritier ſe convertit en legs univerſel pour les Pays de Coutume, & voilà, ſelon moi, l'économie de l'Ordonnance de 1735, ſur cette matiere.

Comme ce qui regarde les ſolemnités & formalités, a de grandes difficultés, j'ai cru devoir en traiter expreſſément dans l'Obſervation ſuivante 23.

## OBSERVATION XXIII.

### *Solemnités & formalités des Actes.*

COMMUNÉMENT nos Auteurs diſtinguent quatre choſes dans les contrats.

1°. *Subſtantialia contractuum.*

2°. *Naturalia contractuum.*

3°. *Accidentalia contractuum.*

4°. *Solemnia contractuum.*

Ils appellent *ſubſtantialia contractuum*, tout ce qui ſert à la compoſition intérieure des contrats; c'eſt-à-dire, tout ce qui eſt de l'eſſence déterminant la nature de chaque acte, & ſans quoi il ne ſeroit pas un tel acte : *ſubſtantialia ſunt quæ ita formam & eſſentiam uniuſcujuſque actûs conſtituunt ut ſine iis talis actus eſſe non poſſit, cùm forma dat unicuique eſſe id quod eſt.*

Suivant cette définition, le conſentement des Parties dans tous les contrats, la choſe, & le prix de la choſe dans un contrat de vente, *pertinent ad ſubſtantialia contractuum & ad ſpeciem contractûs conſtituendam*, & elles ſont tellement néceſſaires, intrinſeques & conſtitutives d'un contrat, que *ſine iis actus qui geritur, non valeat.*

*Naturalia contractuum*, ce ſont les ſuites & les engagements qui fluent & dérivent de la nature & de l'eſpece des contrats dont il s'agit. *Naturalia contractuum dicuntur ea quæ pendent & manant à natura & poteſtate cujuſque actûs ; ſed ejus formam non conſtituunt.* Telle eſt la garantie dans la vente.

Mais par rapport à ces engagements qui dérivent des contrats, on en diſtingue de deux ſortes. Il y en a *quæ ſunt interna, intrinſeca & inſeparabilia ;* c'eſt-à-dire, qui ſont liés & attachés à chaque eſpece de contrats, & qui ſont propres à chacun de ces contrats, ſuivant la différente nature dont ils ſont. *Quæ naturæ contractûs cohærent, & ſunt veluti propriæ poſſeſſiones, propriæ affectiones ab eſſentialibus cujuſque contractûs principiis enatæ.* Telle eſt, dans un contrat de vente, la néceſſité que le domaine de la choſe vendue, ſoit transféré à l'Acquéreur; & à cet égard on ne peut ſe ſouſtraire à ces choſes; on ne pourroit pas en effet

ſtipuler que le domaine de la choſe vendue ne paſſeroit pas à l'acquéreur; & il y en a qui ne naiſſent que de l'uſage ordinaire où on eſt d'en convenir, & qui, à raiſon de ce, ſont toujours préſumés être convenus par les Parties. *Quæ ex conſuetudine etiam inſunt contractibus, quæ conſuetudo in naturam quaſi contractûs tranſiit*, & on les appelle *externa & ſeparabilia.* Telle eſt la garantie de fait dans une ceſſion, & à cet égard on peut y déroger, les Parties peuvent ſtipuler qu'il n'y aura d'autre garantie que celle que l'on appelle garantie de droit.

*Accidentalia contractûs*, ce ſont les choſes qui ne ſont point de la ſubſtance conſtitutive de l'acte, qui ne fluent & ne dérivent point de ſa nature & de ſon eſpece, & ne tombent point en convention ordinaire; mais qui ne ſe rencontrent dans les contrats que parce que les parties en conviennent. *Accidentalia contractûs ea ſunt quæ neque ſubſtantiam contractuum conſtituunt, neque ex natura & poteſtate contractûs dimanant, ſed pro voluntate contrahentium, adjici contractibus ſolent, veluti varia pacta.* Je voudrois ajouter, & encore celles qui ne ſont requiſes que par des diſpoſitions légales, à la vérité, mais pures locales, comme la néceſſité de donner caution pour la garantie d'un contrat, laquelle a lieu dans certains endroits.

Enfin, il y a, *ſolemnia contractuum*, & on en diſtingue de deux ſortes, *ſolemnia intrinſeca*, & *ſolemnia extrinſeca.*

*Solemnia intrinſeca ſunt ea quæ inſunt in ipſa forma cujuſque actûs, neque ſeparari ab ea poſſunt;* telles ſont les choſes qui appartiennent à la preuve & à l'authenticité de l'acte, & qui comme telles font partie de ce qui conſtitue l'être & l'exiſtence de cet acte; auſſi ſont-elles appellées par quelques-uns *ſubſtantialia contractuum.*

*Solemnia extrinſeca ſunt ea quæ actui per ſe formam habenti, & ultra conventionem contrahentium, ſed ad ipſam conventionem roborandam, extrinſecus accedunt*, & ce ſont les choſes qui n'appartenant en rien à la compoſition intrinſeque de l'acte, ſont ſeulement requiſes, *poſt actum originatum*, pour lui procurer ſon exécution.

La ſolemnité intrinſeque eſt tellement néceſſaire, que ſi on l'omet, l'acte n'eſt pas acte, il n'a nul être, nulle exiſtence; l'omiſſion *vitiat & corrumpit actum;* raiſon pour laquelle on la place volontiers *inter ſubſtantialia contractuum.*

Mais à l'égard de la ſolemnité extrinſeque, il n'en eſt pas

toujours de même, *aliquando obmiſſa impedit executionem ex omni parte :* telle eſt l'omiſſion de l'inſinuation au domicile du donateur dans une donation ; cette omiſſion vicie abſolument la donation ; *aliquando obmiſſa vitiat ex una parte tantum*, tel eſt, ſelon pluſieurs, le défaut de l'autoriſation d'une femme par ſon mari ; l'acte, ſelon eux, eſt bon contre la partie qui a contracté avec la femme, ſi elle le veut ; mais il ne vaut rien contre elle ; cependant tout le monde ne convient pas de l'application que l'on fait ici de la regle, voyez le Commentaire ſur Orléans, de l'édition de 1740, *pag.* 93, derniere obſervation ſur le Commentaire de de Lalande ; mais tel eſt, ſelon tout le monde, le défaut de l'autorité du Tuteur. Celui qui a contracté avec le mineur ſeul, eſt obligé envers lui ; mais le mineur n'eſt pas obligé à ſon égard, voyez *SCIPIO GENTILIS de ſolemnitatibus, quatenus in quocumque actu intervenire debeant.*

Quelques-uns font une autre diviſion plus ſimple ; ils diſtinguent *ſubſtantialia & accidentalia tantùm.*

Sous ce terme de *ſubſtantialia*, ils comprennent, 1°. tout ce qui appartient à la preuve & à l'authenticité des actes ; 2°. ce qui eſt eſſentiellement conſtitutif de l'acte ; 3°. tout ce qui en flue & en réſulte néceſſairement.

Sous le terme d'*accidentalia*, ils comprennent ſeulement les clauſes ordinaires des contrats, & les clauſes extraordinaires, comme n'étant pas les unes & les autres néceſſaires & conſtitutives des contrats, mais pure convention libre & arbitraire, & ils y comprennent encore ce qui n'eſt requis qu'après la confection de l'acte pour en opérer l'exécution, & ils appellent les premieres *naturalia interna*, & les ſecondes *accidentalia ſeu naturalia externa.*

S'il m'étoit permis de m'expliquer, je dirois que ces diſtributions ne ſont pas exactes, & que les différentes choſes qui ſervent à donner à un acte l'être, l'exiſtence & l'exécution, pourroient être diſtribuées autrement.

En effet, ces Auteurs mettent au nombre des choſes qui compoſent l'eſſence & la ſubſtance des actes, celles qui ſervent à la preuve de la vérité & de la publicité des actes, & il me paroît que l'on devroit les diſtinguer ; & que la choſe qui ſert à la preuve de l'acte, n'eſt pas la choſe qui ſert à former l'eſſence de l'acte en lui-même. Il y a déja une convention voulue,

voulue, conſentie & accordée, avant que d'employer les formalités de la preuve, & la preuve n'accede que pour manifeſter la convention, la rendre certaine & invariable.

D'ailleurs tous les contrats n'ont pas la même eſſence & la même ſubſtance. Autre eſt l'eſſence conſtitutive de la vente, autre eſt celle de l'échange, du prêt, du commodat, de la ſociété, &c. & cependant preſque toutes les choſes requiſes pour la preuve, ſont les mêmes pour ces contrats différents; il faut donc les diſtinguer. *Illa ſunt de ſubſtantia actûs, quæ concurrunt vel concurrere debent contemporaneè cum actu introducendo.*

Entre les ſolemnités extrinſeques il y en a dont l'omiſſion ne vicie pas l'acte en entier, *ſed ex una parte tantum*, & il y en a dont l'omiſſion vicie l'acte en entier, comme nous venons de l'obſerver. Pourquoi encore ne pas caractériſer ces ſolemnités plus particuliérement, en leur donnant des noms propres & diſtingués?

Si l'on conſidere un contrat dans ſon tout néceſſaire, il eſt compoſé des choſes qui habilitent les perſonnes qui contractent, de celles qui forment ſon eſſence, de celles qui l'atteſtent & le manifeſtent, & de celles qui en procurent une exécution parfaite; mais pour plus grand éclairciſſement, il paroît néceſſaire de donner à chacune de ces choſes, leurs claſſes particulieres; encore que le tout enſemble ſerve à donner un être parfait à tous ces contrats.

C'eſt pourquoi je voudrois diſtinguer dans les contrats, 1°. *Solemnia habilitantia perſonam*, & obſerver à ce ſujet, que l'omiſſion de ces ſolemnités ne vicie quelquefois l'acte que *ex una parte tantum*, quand cette omiſſion n'eſt que d'un côté.

2°. *Solemnia probantia*, qui ſervent à la preuve des actes, & j'en connois de deux ſortes, les unes qui ſervent à la preuve du lien & de l'engagement contracté par les parties, & les autres qui ſervent à rendre l'acte public, authentique & exécutoire.

Par exemple, je ſigne une reconnoiſſance pardevant Notaires, d'une ſomme qui m'a été prêtée; ſi on ne conſidere dans cette reconnoiſſance que le lien de l'obligation & la certitude du prêt, la préſence du Notaire n'eſt que de pure ſolemnité extrinſeque: car d'ailleurs ma ſignature privée forme également un lien qui m'engage & qui conſtate le prêt; ainſi la ſouſcription des Notaires n'eſt en cette occaſion nulle-

ment néceſſaire, puiſque ma ſignature ſuffiroit même dans le cas où les Notaires auroient négligé depuis ma ſignature d'appoſer la leur. Ric. des donations, *n.* 1564, Boſſellus, Borderdus, *ad L. Molineam, 2ª. part. cap.* 4.

Mais ſi l'on enviſage cette obligation du côté de l'hypotheque & de l'exécution parée, il eſt certain que la préſence des Notaires eſt de néceſſité indiſpenſable.

3°. *Subſtantialia contractuum,* qui compoſent la ſubſtance eſſentielle & viſcérale des actes, celles qui les diſtinguent les uns des autres, *medulliter actum concernentia.*

4°. *Naturalia & accidentalia,* & j'en diſtinguerai de deux ſortes; *interna,* qui comprendront les diſpoſitions tellement ordinaires, qu'elles ſe ſuppléent toujours; & *externa,* qui comprendront les diſpoſitions légales, mais locales & extraordinaires.

5°. *Solemnia completoria,* autrement *ſolemnitates effectuales,* que l'on peut appeller *quædam obſervantiæ ſupervenientes poſt actum, & non dant ſubſtantiam rei quæ jam eſt, ſed poſtea requiruntur ad confirmationem rei ineſſe productæ, vel ad utilitatem conſequendam,* Baldus, *tract. de Statutis, verbo Gabella, n.* 12 *&* 13, *&* CÆPOLA *de interpr. Legis extenſ.* C'eſt pourquoi, *omiſſio talis ſolemnitatis actum non viciat ipſo jure.*

Nous avons, comme nous l'avons obſervé dès l'entrée, des Auteurs qui ſe ſervent indifféremment des termes de formalités, ou de ſolemnités, pour marquer tout ce qui ſert à rendre un acte parfait & pleinement exécutoire, & qui n'y mettent aucune différence.

*Solent noſtri temporis Doctores, ea quæ formam vel ſubſtantiam, vel ſolemnitatem alicujus actûs reſpiciunt, ſimul conjungere & nihil differre arbitrari,* dit Alciat, *lib.* 5, *cap.* 16, *Paradox.*

Pontanus, ſur la Coutume de Blois, *art.* 183, *tit.* 13, *de matrim. verbo judicis autoritate,* fait la même remarque. *Sciendum eſt formam apud vetuſtiſſimos Juris noſtri interpretes pro ſolemnitate uſurpatam.*

Il y en a au contraire d'autres qui reſtreignent le terme *formalités,* à tout ce qui ſert à la compoſition intérieure d'un acte, ce qui appartient à la ſubſtance de cet acte, & ce qui appartient à la preuve; toutes ces choſes, ſelon eux, ſont de véritables formalités; mais toutes les autres choſes requiſes,

comme la capacité de la perſonne, à l'effet de contracter, & l'inſinuation, à l'effet de mettre une donation à exécution, ſont des ſolemnités.

Nous en avons une preuve aſſez préciſe dans Me Ch. du Molin, *Leg.* 1a. §. *ſed ſi mihi, ff. de verbor. obligat.* n°. 40, *hæc autem (ſolemnitas) tunc eſt de forma, quando eſt pars intrinſeca & eſſentialis actûs vel rei, aliàs magis dicitur ſolemnitas extrinſeca quàm forma;* & pour ſolemnité extrinſeque, il cite l'autorité du tuteur, *quæ debet in ipſo actu intervenire,* & l'inſinuation *quæ indiſtinctè ſequi poteſt;* & au nombre 42, 43 & 44, il donne pour exemple de ce qui appartient à la forme, c'eſt-à-dire, de ce qui eſt partie intrinſeque & eſſentielle d'un acte, le nombre de ſept témoins dans un teſtament, & l'inſtitution d'héritier, &c. *vera autem exempla formæ..... Item ſeptem teſtes idonei & nominatio hæredis in teſtamento nuncupativo, &c.*

D'où l'on voit, que ſelon ces Auteurs, ce qui ſert à la preuve de l'acte, appartient également à la claſſe des formalités; il ſert, comme elles, à la compoſition des actes, & pour lors celui de ſolemnité n'a plus ſon application, qu'à ce qui doit précéder l'exiſtence de l'acte, ou à ce qui doit ſuivre après.

J'en trouve encore d'autres qui admettent, à la vérité, de la diſtinction entre les formalités & les ſolemnités; mais ils ne placent pas le nombre des témoins & ce qui ſert à rendre l'acte public, certain, prouvé & authentique, dans la claſſe des formalités; ils les rangent, au contraire, dans la claſſe des ſolemnités.

Nos Auteurs, dit Lauterbakius, *diſput.* 134, *n.* 4, diviſent les ſolemnités en intrinſeques & extrinſeques.

Ils appellent ſolemnités intrinſeques, celles qui ſervent à former la ſubſtance de l'acte, & qui n'en peuvent être ſéparées, ſans le détruire & l'anéantir; & ils appellent ſolemnités extrinſeques, celles qui à l'extérieur ſervent à faire valoir l'acte déja parfait dans ſon eſſence & dans ſa ſubſtance. Enſuite cet Auteur ajoute que c'eſt très-improprement que l'on appelle ſolemnité, ce qui fixe l'eſſence & la ſubſtance de l'acte, & que la préſence des témoins dans un acte, eſt ce qui s'appelle véritablement ſolemnité, *diſtinguntur ſolemnitates in genere à DD. in intrinſecas & extrinſecas; illas vocant quæ inſunt formæ cujuſque actûs, neque ſeparari ab ea poſſunt; has vero quæ*

*actui per ſe formam habenti ad illum corroborandum extrinſecus accedunt, quam tamen diſtinctionem non abſque ratione, meo judicio, impugnat* Hugo Donellus ad L. ſciendum 30, ff. de verb. oblig. *Cùm, quæ illis dicitur ſolemnitas intrinſeca, ipſam rei eſſentiam & formam intrinſecam conſtituat, minuſque propriè vocatur ſolemnitas. Quod Scipio Gentilis aliàs diſſentiens ipſe etiam agnoſcit* in tract. de ſolemn. cap. 5°. *in princip. ibi quæ proprie ſolemnia dicuntur & extrinſecus accedunt: & proinde has teſtamentarias quæ proprie tales ſunt, malè ad extrinſecas refert,* in ſeq. cap. 6. *Si quæ enim eſt teſtamenti ſolemnitas intrinſeca, erat ipſa hæredis inſtitutio, utpote in qua eſſentia & forma teſtamenti intrinſeca conſiſtit, quæque propterea ejus caput & fundamentum eſſe dicitur* in §. 34, inſtit. de legat. *Extrinſecam vero quæ in actûs continuatione & ſolemni teſtium adhibitione conſiſtit, quam nos pro vera ſolemnitate tantum agnoſcimus, & ad formam teſtamenti externam, referimus cum Domino* Ludwel. in tract. de ult. volunt. nuperrimè edito, part. 2, pag. 204.

Il ſeroit à ſouhaiter qu'il y eût ſur cette matiere un langage uniforme. *Quælibet ars debet habere proprios & methodicos terminos, quam potiores & aptiores fieri poteſt, qui ut non ſunt ſuperfluò multiplicandi, ita multò minus confundendi, ne tota ars conturbetur.* Mol. loc. cit.

Pour moi j'eſtimerois que ſtrictement parlant, on peut qualifier du nom de formalités tout ce qui ſert à la formation & à la compoſition d'un acte, ſoit qu'il s'agiſſe de la preuve & de l'authenticité, ſoit qu'il s'agiſſe de la compoſition intérieure & viſcérale de cet acte; & même quelquefois l'ordre ſucceſſif preſcrit pour la compoſition d'un acte, le temps encore pour faire une choſe, tout cela peut appartenir à la forme, *quando decretum eſt annulativum & ſtudioſe mandatur, non ſimpliciter ad bene eſſe;* & ſi nous ajoutons qu'en termes de Juriſprudence, un acte eſt inutile & fruſtratoire, quand on ne peut pas le mettre à exécution, nous ſerons forcés de convenir que tout ce qui ſert de complément à l'acte, & tout ce que nos Auteurs appellent *ſolemnia extrinſeca*, & que j'appelle *completoria*, ſans leſquelles l'acte, quoiqu'exiſtant d'ailleurs, n'auroit aucune exécution, j'eſtimerois, dis-je, que toutes ces choſes peuvent être encore, à juſte titre, qualifiées du nom de formalité.

En effet, qu'eſt-ce que la forme d'un acte? C'eſt l'aſſemblage

& l'union de tout ce qui eſt néceſſaire pour l'entiere & parfaite compoſition de l'acte. *Eſt pulchra & bene ordinata compoſitio rei. Eſt ordinata ſeries, rem ad ſubſtantiam deducens.*

Mais dans l'ordre civil, inutilement un acte exiſte, ſi d'ailleurs il manque des choſes requiſes pour le mettre à exécution. Ces choſes appartiennent donc encore à la forme de l'acte priſe dans l'eſprit civil & judiciaire.

Ainſi nous dirons volontiers avec Mornac, ſur la Loi 9, §. *Si quis rem, ff. ad exhibendum ; forma, nihil aliud eſt quàm partium ſingularum apto & concinno ordine cohærentium compoſitio ;* & pour en faire l'application, nous dirons avec Tiraqueau, *pag.* 30 *de Jure retractûs. Forma legis eſt ordinata diſpoſitio, certos habens fines ; forma rei eſt quidam gradus, ſive perfectio ejus à natura vel arte. Forma actuum eſt debita partium ordinatio ſecundùm priùs & poſteriùs.* Mais de la même maniere que dans l'ordre judiciaire, la volonté du Légiſlateur, rédigée par écrit, n'eſt pas conſidérée comme Loi, & n'en a pas acquis les caracteres, ſi elle n'eſt pas d'ailleurs promulguée, annoncée & donnée à connoître aux ſujets, & que juſques-là la Loi manque de la forme requiſe pour la conſtituer Loi, de même dans un acte, on ne s'arrête pas à conſidérer l'acte en lui-même, s'il n'a pas d'ailleurs tout ce qu'il faut pour le mettre à exécution.

Les formalités ſont donc les différentes choſes dont l'union & l'aſſemblage ſervent à former un acte & à le rendre valable & obligatoire. La forme réſulte du concours de toutes ces formalités ; & dans ce ſens, tout ce qui ſert dans l'ordre civil, à la compoſition d'un acte, à ſa preuve, & à lui donner une exécution, peut être appellé, à bon titre, formalité ; & c'eſt dans ce ſens, à mon avis, que l'on doit entendre ce que Faber a dit, *qui à forma recedit, dicitur recedere à ſubſtantia, Cod. lib.* 2, *tit.* 8, *definit.* 16, *n.* 3.

Mais entre ces formalités, j'eſtimerois avec Lauterbakius, que le terme *ſolemnité* devroit être conſacré à tout ce qui ſert à la preuve, à la publicité & à l'authenticité de l'acte. *Solemnitas modus eſt ſeu qualitas quædam rei accedens, qua actus fit ſolemnis,* dit Alciat *cap.* 16, *lib.* 5°. *paradox.* & que celui de *formalité* devroit ſervir à ſignifier tout ce qui n'eſt pas pour la publicité & l'authenticité.

Je crois appercevoir cette diſtinction dans le préambule de

l'ordonnance de 1735, où le Légiſlateur emploie indifféremment les termes de ſolemnité, pour marquer ce qui peut aſſurer la vérité d'un acte ; & au contraire, quand l'Ordonnance parle de l'effet que la forme intérieure peut donner à l'acte, il cite l'inſtitution d'héritier, le vice de la prétérition des enfants, la maniere de laiſſer & de fixer la légitime, & toutes autres choſes qui ne peuvent appartenir qu'à la forme intérieure. Voyez l'autorité de Balde ci-après cité.

Ainſi dans un teſtament, le nombre des témoins, les Notaires ſont pour la ſolemnité de l'acte, parce que ces choſes ſervent à en aſſurer la publicité & l'authenticité.

Ainſi dans un inventaire, les Notaires, ou le Juge pardevant qui il ſe fait, ſont de ſolemnité, parce qu'ils ſervent à le rendre authentique.

Dans une Sentence, les ſolemnités ſont *quod in ſcriptis feratur ſedendo, non ſtando, loco congruo & honeſto, præſentibus partibus & ſolemniter citatis, & de cauſa ſit diſcuſſum.* Balde, *L. prolatum. Cod. de ſentent. & inter omnium judi.*

Dans un teſtament, les termes de *lu* & *relu*, ceux de *ſans ſuggeſtion* & autres ſemblables autrefois requis par nos Coutumes, étoient des ſolemnités qui ſervoient à conſtater la volonté du Teſtateur, & à la garantir de toute ſurpriſe, *amotâ procul omni fraude ut conſtet ſinceritas voluntatis teſtatoris.*

Il en eſt de même du ſubrogé tuteur requis par la Coutume de Paris pour la diſſolution de la Communauté, quand il y a des mineurs. Cela appartient encore à la ſolemnité, parce que cela appartient à la plus grande preuve de la vérité & de l'exactitude de l'inventaire.

Outre les formalités requiſes, ſoit pour la preuve, ſoit pour la compoſition & le complément d'une choſe, & par le défaut deſquelles l'acte eſt nul, ou ne ſauroit avoir d'exécution, il en eſt qui ne ſont requiſes que par forme de ſimple diſcipline, & qui ne touchent en aucune maniere, ni à l'acte en lui-même, ni à ſon exécution ; & il en eſt dont l'accompliſſement peut être reculé & retardé, ſelon la volonté réunie de toutes les Parties. Quant à celles qui ne ſont que de pure diſcipline, j'en trouve un exemple dans Dupineau, en ſes Obſervations, *art.* 346, *verbo* de l'Ajournement.

» Quand l'Ordonnance dit que le Sergent en ſon Exploit, » nommera ſes Records & le domicile d'iceux, cela eſt de la

» forme ſubſtantielle, parce que juſques à ce que le Sergent ait » ajouté ces circonſtances, l'exploit eſt encore *in potentia*, il » n'eſt pas *in actu*. L'Exploit n'eſt pas fait, il y manque quel- » que choſe; il n'a pas toute la forme requiſe pour être dit & » appellé Exploit; mais quand l'Ordonnance dit que les Ser- » gents, ès Exploits, mettront leurs ſalaires & celui des Records, » c'eſt une forme accidentelle : car lorſque le Sergent ajoute » cela, ſon Exploit avoit déja paſſé *à potentia ad actum*. Il a été » fait, & l'ajournement baillé au défendeur. C'eſt pourquoi le » manquement de cette forme accidentelle ne le rendroit pas » nul, & ne ſeroit conſidéré au reſpect des Parties; mais le » manquement d'avoir nommé les Records & leur domicile, eſt » le défaut d'une forme ſubſtantielle qui rend l'exploit nul & » invalide, comme s'il n'avoit point été fait, tant à l'égard du » Sergent, que des Parties.

Un Huiſſier, porteur de pieces, fait un commandement à un débiteur; celui-ci paie ès mains de l'Huiſſier, qui en donne ſa quittance dans le commandement même; le débiteur eſt dès ce moment libéré envers ſon créancier, parce que la quittance fait partie du commandement, & que l'Huiſſier reçoit comme homme public prépoſé à cet effet, & comme mandataire du créancier; en ſorte que la quittance devient une partie intégrante d'une procédure judiciaire & réguliérement faite, & d'ailleurs la maxime eſt que *cum adjecto ſolvitur, creditori ſolvi videtur, L. 59, ff. de ſolut.*

Mais, au contraire, l'Huiſſier, après la clôture de ſon commandement, reçoit du débiteur, & lui en donne une quittance ſéparée; ce paiement fait hors les fonctions de l'Huiſſier & hors le commandement, ne libere pas le débiteur, parce que ce paiement n'eſt pas une partie intégrante du commandement, c'eſt un paiement volontaire fait à un homme qui a ceſſé d'être homme public & mandataire du créancier; il y en a acte de notoriété, qui ſe trouvera à la fin de cette Obſervation.

Quant aux formalités dont l'accompliſſement peut être retardé & reculé ſelon la volonté des parties, j'en trouve des exemples dans les délais de l'Ordonnance, pour conſtituer partie ſur une aſſignation, pour y fournir de défenſes; j'en trouve dans les délais des Coutumes pour faire la foi & hommage, pour exhiber ſes titres, &c. Tous ces délais ne ſont pas

de rigueur, & on peut dire qu'ils dépendent de la volonté des parties intéreſſées, en ce qu'ils peuvent les prolonger, voyez *le ch.* 4, *du Liv. premier, tit.* 29, des Décrétales, & la gloſe ſur icelui.

Quelque variété qu'il y ait dans ce nombre conſidéré de différentes formalités ou ſolemnités, & quelque différence qu'il y ait même dans nos Auteurs pour le langage, ils conviennent unanimement, que pour qu'un acte ſoit parfait, *ex omni parte*, il y a des choſes requiſes, pour habiliter & rendre capables les perſonnes qui contractent, & elles ſont attachées à la perſonne, & dépendent du domicile; qu'il y en a de requiſes pour la preuve & l'authenticité, & elles dépendent du lieu où ſe paſſe le contrat; qu'il y en a attachées aux choſes, & elles dépendent de la Loi de la ſituation; qu'il y en a qui ſont de l'eſſence & de la ſubſtance intérieure & viſcérale des actes, & ces choſes ſont, ſelon la nature de chaque acte, communément & aſſez univerſellement les mêmes par-tout; qu'il y en a qui fluent de la nature & eſpece dont ſont les contrats, ſoit qu'elles proviennent de la propre nature de ces contrats, ſoit qu'elles y ſoient liées & attachées par un uſage bien conſtant, & une Coutume invétérée, & ce ſont ces choſes qui peuvent faire naître le plus de conteſtation; qu'il y en a qui ne ſervent que de complément aux actes déja formés, & elles dépendent de différentes Loix; & qu'il y en a encore qui ne ſont que de pure diſcipline, & d'autres dont l'accompliſſement plus ou moins prompt dépend de la volonté des parties, & celles-ci n'entraînent pas de grandes difficultés.

Mais la véritable difficulté en cette matiere, eſt de ſavoir bien diſcerner toutes ces formalités, & les ranger chacune dans la claſſe qui leur appartient, afin de ne pas appliquer à une formalité d'une certaine claſſe, des principes & des déciſions qui ne conviennent qu'à une formalité d'une autre claſſe. Pluſieurs exemples vont faire ſentir cette difficulté.

### *Premier Exemple.*

A Aloſt, il y a un Statut qui défend à toutes les femmes & veuves, majeures ou mineures de diſpoſer ſans tuteur, de leurs fiefs, fonds ou rentes, *feuda, fundos aut reditus;* mais d'ailleurs elles peuvent faire toutes autres ſortes de contrats, & les veuves même mineures, *ſunt ſui Juris.*

Ce

Ce Statut met toutes les femmes & veuves dans une incapacité de vendre leurs immeubles réels ou incorporels, & ce ſexe ne peut être relevé de cette incapacité, qu'en obſervant la formalité preſcrite du tuteur.

Il ſembleroit qu'une incapacité auſſi générale, qui s'étend à tout ce qui peut être conſidéré comme immeuble, & qui n'indique perſonne en faveur de qui cette incapacité ſoit prononcée, conduiroit à faire regarder la formalité du tuteur, comme perſonnelle, & comme habilitant la femme ou la fille incapable par état, & par conſéquent cette formalité ſeroit dépendante de la Loi du domicile. Cependant Knobaert, *ad Jus civile Gandenſium*, nous aſſure qu'on a jugé qu'une femme de Dunkerque, ſujette aux Loix de Bruges, ſelon leſquelles elle n'étoit pas obligée de ſe faire aſſiſter d'un tuteur pour la vente de ſes fonds, ayant ſans l'aſſiſtance d'un tuteur, & pardevant les Notaires de Dunkerque, fait une donation d'un fonds qui lui appartenoit, ſitué à Aloſt, où l'aſſiſtance d'un tuteur eſt néceſſaire, cette femme n'avoit pas valablement diſpoſé de ce fonds, ſitué à Aloſt. Le Statut d'Aloſt a été jugé réel, & être une formalité attachée aux choſes, *obſerv. proleg.* 31.

### *Deuxieme Exemple.*

A Lubec, la femme, *ſive nupta, ſive innupta*, non-ſeulement ne peut comme à Aloſt aliéner, *ſine ſcientia & conſenſu tutoris ;* mais elle ne peut faire aucuns contrats ſans tuteur, & les femmes ſont dans une perpétuelle tutele pour toutes choſes.

Selon que nous enviſagerons cette formalité de tuteur, il faudra décider différemment, & il ſembleroit que le but de cette formalité eſt d'habiliter la perſonne, puiſque nous la ſuppoſons dans une perpétuelle tutele.

Cependant Mævius *ad Jus Lubec. quæſt.* 4, *n.* 17, nous aſſure qu'elle n'eſt point perſonnelle, mais que c'eſt une pure formalité attachée au contrat, & dépendante du lieu où ſe paſſe le contrat, *etſi perſonæ mentio fiat, quia tamen non inhabilitatur ſimpliciter, ſed ſolum in defectum ſolemnitatis, non tàm perſonam* (*fœminam*) *quàm contractum concernit*, & en ce ſens il dit que *forenſem mulierem ligat.*

Ainſi à Aloſt, la formalité du tuteur eſt requiſe pour toute

femme, *etiam ſi ſit forenſis*, qui diſpoſe de biens qui y ſont ſitués, quelque endroit que ſe paſſe le contrat, & cette diſpoſition eſt réelle & attachée à la choſe.

Au contraire à Lubec, ſuivant Mævius, la formalité du tuteur eſt requiſe par toute femme qui diſpoſe de ſes biens en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, ſi elle paſſe le contrat dans l'étendue de la Juriſdiction de Lubec, parce que, dit Mævius, *forenſes tenentur ſervare Statuta & conſuetudines loci, ubi aliquid agunt & contrahunt, ad validitatem actûs & contractûs*, & cette Loi eſt de pure formalité attachée au contrat.

Je conviens que les Statuts d'Aloſt & de Lubec ont entre eux des différences; mais j'avoue que je ne les aurois jamais fait conſiſter à dire que la formalité du premier tombe ſur la choſe, & que la formalité du ſecond tombe ſur le contrat.

Le Statut d'Aloſt eſt différent de celui de Lubec, en ce que le premier ne concerne que les fonds, & celui de Lubec concerne tous contrats & tous engagements, de quelque nature qu'ils ſoient : ainſi le premier pourroit effectivement ne concerner que la choſe, & par conſéquent être réel, (encore j'ai de la peine à concevoir comment un Statut qui fait une prohibition générale d'aliéner tous immeubles corporels ou incorporels, peut être regardé comme pur réel;) mais enfin, il ne s'agit que de fonds, & ce parti n'eſt pas abſolument contraire aux principes : mais par rapport au Statut de Lubec, qui exige la néceſſité du tuteur, pour tous contrats & tous engagements même perſonnels, je ne conçois pas comment ce Statut ne concerneroit qu'une ſimple formalité de contrat.

En effet, comment ſe peut-il que le Statut de Lubec qui met le ſexe *in perpetua tutela*, puiſſe être regardé comme une ſimple ſolemnité? & comment, au contraire, peut-on ne pas le regarder comme un Statut perſonnel? car enfin les femmes & les filles ne ſont-elles pas dès-lors dans une impuiſſance d'état & de condition? & y a-t-il une plus grande impuiſſance que celle qui nous place pour toujours ſous la puiſſance d'autrui, & nous empêche, ſans ſon ſecours & ſon miniſtere, de faire généralement aucuns contrats, même perſonnels?

Ainſi, ſans vouloir néanmoins cenſurer, ni les Auteurs qui ont écrit ſur ces Coutumes, ni la Juriſprudence qui y eſt ſuivie, j'eſtimerois que, ſuivant les principes en cette matiere, on

doit dire, 1°. qu'à l'égard du Statut de Lubec, il eſt très-perſonnel; que la perſonne eſt dans l'objet principal de la Loi; que c'eſt à raiſon de la foibleſſe du ſexe, qu'elle l'aſſujettit à la néceſſité d'un tuteur; que par conſéquent c'eſt pour la perſonne & par la conſidération de l'état de la perſonne qu'elle ordonne & qu'elle diſpoſe; que dès-lors l'on doit dire que la femme domiciliée à Lubec, ne pourra contracter en aucun endroit du monde ſans curateur; mais auſſi ce Statut ne concernera que les femmes domiciliées à Lubec, & contre l'avis de Mævius, *forenſes non ligabit.*

Le Statut d'Aloſt a plus de difficultés; il ne regle que les fonds. La veuve, *etiam minor annis ſui Juris permanet, poteſtque facere omnis generis contractus;* c'eſt-à-dire, qu'elle peut faire tous engagements perſonnels: le ſexe n'eſt pas dès-lors, *in perpetua tutela*, & dans cette premiere vue, le Statut d'Aloſt paſſera volontiers pour réel; mais cependant, je le répete, j'ai de la peine à croire qu'un Statut qui exige que la femme mariée ou veuve, ſe faſſe aſſiſter d'un tuteur pour quelque aliénation de fonds & rentes que ce puiſſe être, ne mette pas la femme dans une impuiſſance d'état, & par conſéquent dans une impuiſſance qui affecte la femme domiciliée, & qui ne ſauroit affecter la femme non domiciliée.

Ce n'eſt pas ici un Statut qui prohibe ſimplement l'aliénation des propres, ou même une quotité dans l'univerſalité des fonds, qui reſtreigne cette prohibition pour certains cas & au profit de certaines perſonnes; mais il prohibe l'aliénation de tous les fonds en général, corporels & incorporels, pour tous les cas & pour toute ſorte de femme qui n'eſt pas aſſiſtée de curateur: une défenſe auſſi entiere & auſſi étendue, me paroît conſtituer une perſonne dans une impuiſſance, qui eſt plus qu'une impuiſſance particuliere réelle.

Si Burgundus avoit voulu déterminer la nature de ces deux Statuts, il auroit diſtingué entre les contrats purs perſonnels, & les contrats où il s'agit de fonds; il auroit appellé le Statut de Lubec, *mixte*, *perſonnel* ou *réel*, ſuivant le matériel des contrats, & le Statut d'Aloſt, *pur réel*, attendu qu'il ne s'agit que de fonds. Voyez cet Auteur, *tract.* 1, *n.* 24.

Voici encore d'autres Statuts qui donneront lieu à de nouvelles réflexions.

### *Troisieme Exemple.*

Il y a un Statut à Malines qui ne permet pas à un conjoint d'inſtituer héritier, ſon conjoint, *niſi teſtetur coram duobus decurionibus.* Dans quel rang mettrons-nous la formalité des deux Echevins, exigée par ce Statut ?

A la premiere expoſition, on ſeroit porté à dire que cette formalité appartient à la preuve de l'acte. Les deux Echevins ſont les témoins indiqués par la Loi, comme les Notaires peuvent l'être ailleurs, & par conſéquent cette formalité eſt entiérement dépendante du lieu du teſtament. Cependant Stockmans, *déciſ.* 9. *Brab.* nous aſſure qu'à Malines, *hæc Magiſtratus præſentia, non ad ſolemnitatem, aut ad probationem actûs pertinet; ſed ne facile circumveniatur conjux & blanditiis pertrahatur ad teſtandum, ſi privatim & extrà conſpectum gravium virorum res peragatur.*

Dès que la formalité des deux Echevins n'eſt pas requiſe pour la preuve, ou ſolemnité de l'acte, il reſte, ou que ce ſoit une formalité qui habilite le conjoint incapable par état, ou que ce ſoit une formalité réelle, attachée à la choſe. Ce ne peut pas être le premier : car le conjoint n'eſt pas incapable par état, puiſqu'il eſt capable de donner à tout autre qu'à ſon conjoint. Il faut donc que ce ſoit le ſecond ; c'eſt-à-dire, une formalité réelle attachée à la choſe, & c'eſt ce que Stockmans aſſure d'après Chriſtinéus, ſe décider à Malines. *Etiam ſi condat teſtamentum in loco, ubi hæc ſolemnitas non exigitur, tunc enim non ſortietur effectum in bonis ditionis Mecklienſis ;* auſſi, dit-il que *hæc ſolemnitas ipſum actum intrinſecè afficit.* Mais ſuivant cette déciſion, il faudroit dire que le conjoint, Citoyen de Malines, qui teſteroit, ſoit ailleurs, ſoit dans la Ville même de Malines, au profit de ſon conjoint, des biens ſitués ailleurs, où pareille formalité n'eſt pas requiſe, ne ſeroit pas aſſujetti à cette formalité, & qu'un conjoint étranger y ſeroit aſſujetti pour les biens ſitués à Malines. C'eſt ce que je ne vois décidé, ni dans Stockmans, ni dans Chriſtinéus, & ce qui donneroit à penſer plus d'une fois, ſi on avoit à porter un Jugement. V. Chriſt. en ſon Commentaire ſur les Coutumes de Malines, *tit.* 17, *art.* 3, au Texte & Additions.

Nous avons dans la Coutume locale de la Ville, Prévôté & Echevinage d'Amiens, une diſpoſition aſſez ſemblable à celle de Malines.

Par l'Article 4 de cette Coutume locale, il eſt dit qu'en la Ville & Banlieue d'Amiens, il n'y a aucun douaire, s'il n'eſt convenancé & reconnu pardevant les Majeurs, Prévôt & Echevins. On a demandé ſi cette formalité devoit être obſervée par rapport à un contrat de mariage paſſé à Paris; & par Arrêt du 21 Mars 1618, il a été jugé que, dans ce cas, l'omiſſion de cette formalité privoit la femme du droit de douaire par elle prétendu. *Nouveau Coutumier de M. de Richebourg.*

Nous avons encore, pour le Dauphiné, une Ordonnance de Louis XI, au ſujet des Donations, qui eſt aſſez ſemblable aux Statuts ci-deſſus. Cette Ordonnance porte, *quod nos ſubditorum noſtrorum incommoditatibus cupientes occurrere, ipſoſque à calumnioſis deceptionibus illæſos preſervare, maxime contra illum pernicioſum abuſum quem inter ſubditos noſtros circa donationes inter vivos, &c. contingere invenimus. Sancimus, ſtatuimus & decernimus donationes prædictas de cætero fiendas, non eſſe aliter valituras quàm ſi in Baillivi Judicis aut Caſtellani loci, ſive Parochiæ domicilii donatoris, vel loca tenentis eorumdem, & trium ex proximioribus conſanguineis ſive parentibus ipſius donatoris in dicta Parochia exiſtentibus, vel ubi non reperirentur in dicta Parochia, aut vocati adeſſe nollent in donatione prædicta, aliorum virorum proborum dictæ Parochiæ non ſuſpectorum per alterum ex dictis officiariis pro numero parentum non repertorum, aut adeſſe ut ſupra nolentium ſurrogandorum præſentia factæ fuerint, recitatæ & publicatæ, & quas aliter fieri prohibemus, eaſque, ſi fierint, præmiſſis non obſervatis, nullas & irritas eſſe decernentes, & perinde haberi tàm in judiciis quàm extra, ac ſi factæ non fuiſſent.*

Le Préſident de la Croix, qui a fait un petit Commentaire ſur cette Ordonnance que l'on trouve à la fin des Déciſions de Guy-Pape, de l'édition de 1618, *n.* 22, agite la queſtion: *An donatio facta extra patriam debeat habere hanc ſolemnitatem?* & il ſe contente de rapporter pour la négative, l'avis de Barthole, qui dit que *Statuta prohibitiva ratione ſolemnitatis, non porriguntur extra territoria ſtatuentium;* & pour l'affirmative, l'avis d'Alciat en ſes Réponſes, ou ſes Conſeils.

Voilà donc encore une question que nos Auteurs trouvent embarrassante, & qui dépend de la science des formalités.

Il est vrai que ce que le Président de la Croix n'a pas décidé, se trouve l'être par deux Arrêts du Parlement de Grenoble, rapportés par Basset, *tom.* 1^er. *de ses Arrêts*, *liv.* 4, *tit.* 16, *ch.* 1. Voici d'abord le titre qui précede. *Que la donation faite par un Dauphinois, hors de la Province, ne peut valoir pour les biens y situés, si elle n'est à la forme du Statut Delphinal;* & voici ce qui a été jugé.

» Par Arrêt d'Audience, du 9 Mars 1651, Durant du Ban-
» chet & Gondrant plaidants, une donation faite dans Sis-
» teron, par un Habitant de Ribiers, suivant le Statut de Pro-
» vence, mais non selon celui de Dauphiné, où les fonds étoient
» situés, fut cassée trente-trois ans après, à la poursuite de l'hé-
» ritier du donateur, qui avoit impétré Lettres Royaux contre
» les créanciers du donataire.

» M. Daniel Linache a remarqué cet autre Arrêt dans ses
» Mémoires.

» Le Statut Delphinal des Donations doit être si rigoureu-
» sement observé, qu'en la cause de Jean Blanchet, Appellant
» du Vibailli de Saint-Marcellin, & de Françoise Pic intimée,
» il fut jugé, au rapport de M. de Montbivol, le 17 Décem-
» bre 1652, qu'une donation étoit nulle pour avoir été faite
» dans le Lieu de Charnecles, mandement de Ripues, au lieu
» qu'elle avoit dû être faite dans Grenoble, où le donateur ha-
» bitoit, au désir du même Statut. M. de Rabat d'Auvillac a
» remarqué cet Arrêt.

Ces Arrêts sont rendus dans le concours de deux circonstances. Les donateurs étoient Dauphinois, & les biens étoient situés en Dauphiné; mais *quid Juris*, si les donateurs, quoique Dauphinois, eussent disposé de biens situés ailleurs, ou que les biens étant situés en Dauphiné, les donateurs eussent été domiciliés ailleurs? c'est ce qui ne paroît pas décidé, & il sembleroit permis de soutenir que le motif de l'Ordonnance seroit tout personnel, & ne concerneroit que ceux du Dauphiné, ainsi que le Statut de Malines ne devroit concerner que les Citoyens de Malines.

En effet, l'Ordonnance du Dauphiné & le Statut de Malines paroissent n'avoir eu en vue que de prévenir la violence,

la crainte, la ſéduction, qui ſont des motifs qui influent ſur la perſonne.

C'eſt ainſi que Me Ch. du Molin a cru que le Statut de Normandie, qui permet à une femme de révoquer, après le décès de ſon mari, les aliénations qu'elle a faites, *etiam viro autore*, étoit perſonnel, *quoniam in Neuſtria mulieres ſint ut ancillæ, multùm viris ſuis ſubditæ ;* mais en ce cas ces différentes Loix ne concerneroient que les Citoyens, & les concerneroient en quelque endroit, & pour quelques biens qu'ils contractaſſent, & ce ſont les conſéquences mêmes que tire M. Ch. du Molin, au ſujet de la femme Normande.

### *Quatrieme Exemple.*

Voici un autre Statut propoſé par Me Ch. du Molin, au même endroit du *C. verbo. concluſ. de Statut.* qui va nous préſenter de nouvelles difficultés. *Statuto hujus urbis cavetur quod contractus facti per minorem 25 annis, non valeant ſine conſenſu ſuorum propinquorum & auctoritate judicis.* Cette formalité du conſentement des parents & de l'autorité du Juge, pour mettre un mineur de vingt-cinq ans en état de contracter, ſemble d'un côté être de formalité habilitante : car ce mineur eſt incapable par état ; & ſi la Loi lui permet de contracter ſous certaines formalités, il faut bien que ces formalités l'habilitent & le rendent capable ; mais d'un autre côté ne peut-on pas dire que le conſentement des proches n'eſt requis qu'afin qu'ils puiſſent veiller à leurs intérêts particuliers & perſonnels, & à la conſervation de biens auxquels ils ſont appellés en cas de décès du mineur ? & dès-lors cette formalité n'eſt plus habilitante, ſelon Tiraqueau, dont nous allons rapporter l'autorité dans un inſtant.

Il eſt vrai que par rapport au Statut propoſé par Me Ch. du Molin, outre le conſentement des proches, on exige encore l'autorité du Juge, & ce ſeroit peut-être cette derniere formalité qui habiliteroit le mineur.

Mais dans l'un ou l'autre cas, le mineur inhabile par état, devient par le conſentement des proches, & *autoritate judicis*, habile pour contracter. Ce terme général *contracter*, embraſſe toutes ſortes de contrats ; en ſorte qu'il faudroit dire,

que le mineur ne pourroit, en aucun cas, contracter ſans le ſecours de ces formalités, en quelque endroit que le contrat ſe fît, & que les biens fuſſent ſitués. Cependant Me Ch. du Molin décide que ce mineur le peut, s'il loue & afferme hors l'étendue de ſon domicile, les biens qu'il aura ſitués hors de cette étendue. *Sed bene extra locum prædia alibi ſita.* Voyez ce que j'ai dit ci-devant à l'occaſion de ce Statut, *Obſerv.* 5e. J'ajouterai que Me Ch. du Molin ſemble ſe contredire lui-même : car il convient que ce Statut, *non intelligitur niſi de ſubditis ſuæ Juriſdictionis.* Ce qui donneroit à penſer que ce Statut eſt perſonnel : car s'il étoit réel, ou que la formalité fût une formalité probante, *includeret non ſubditos.*

## *AUTRES EXEMPLES.*

Mais pour faire ſentir de plus en plus la difficulté de donner des regles certaines ſur cette matiere, je vais vous mettre ſous les yeux une remarque aſſez importante de Me Ch. du Molin, *au C. lib.* 4, *tit.* 44. Il obſerve d'abord que *ratione formæ, quædam neceſſaria requiruntur in venditionibus, & emptionibus, & generaliter, quandocumque Lex vel Statutum præſcribit aliquem modum ad faciendum actum, ille modus dicitur forma. Ergo, ſi deſit vel ex minima parte, quod dicitur* formam dare eſſe rei, *ideo actus non valeret : exemplum : in rebus immobilibus Eccleſiarum datur certa forma,* in Auth. de Eccleſiaſt. rerum alienatione. *Item in tit.* de non alienand. aut permut. reb. Eccleſiaſt. *Scilicet, ut ſit aut evidens neceſſitas vendendi, aut evidens utilitas.* C. dudum de reb. Eccl. non alienand. lib. 6. *Item prius quàm veniatur ad venditionem, habeatur diligens tractatio & deliberatio. Item denuntiatio publica ad venditionem.* L. jubemus, & authenti. *hoc jus porrectum*, C. de ſacroſanct. Eccleſ.

J'ajouterai à cette obſervation de Me Ch. du Molin, qu'il en eſt de même pour la vente des biens des mineurs. Au Parlement de Paris il y a pluſieurs formalités à obſerver ; ſavoir, avis de parents, publications, affiches & adjudications au plus offrant & dernier enchériſſeur, ſuivant les Arrêts de Réglement, du 9 Avril 1630 & du 28 Février 1722.

Toutes ces formalités ſont qualifiées par Me Ch. du Molin, *loco*

*loco cit.* du nom de *formæ ſubſtantiales ;* & voici ſa remarque : *unaquæque Civitas*, dit-il, *habens Juriſdictionem, poteſt per Statutum facere aliquam formam contractûs, quæ ſi non ſervatur, contractus non valeret.*

On ſait qu'il n'y a pas d'eſpece de contrat qui n'ait une forme particuliere : la vente en a une différente du commodat ; le commodat a ſa forme différente du prêt appellé *mutuum.* L'échange, l'emphitéoſe, & généralement tous les contrats ont leurs formes qui les diſtinguent les uns des autres ; & ſi cette forme eſt changée, ou il en naît un autre contrat, ou bien *in totum corruit.*

Ces formes diſtinctives des contrats ſont, pour la plupart, dictées par le Droit commun ; mais comme M^e Ch. du Molin obſerve que chacune des Villes ayant Juriſdiction, peut preſcrire une forme particuliere à chaque eſpece de contrat, il pourroit arriver que ces formes, ou formalités varieroient à l'infini ; que dans le lieu du contrat, il y en auroit une ; que dans le lieu du domicile, il y en auroit une autre ; & que dans le lieu de la ſituation, il y en auroit encore une autre.

Dans ces cas, ſi ceux qui contractent, ſont domiciliés dans un lieu, qu'ils contractent dans un autre, & que la choſe dont ils contractent, ſoit encore dans un autre, quelle forme les contractants donneront-ils à l'acte, eu égard à toutes ces formalités variées & multipliées ?

S'il étoit clair que ces formes appartinſſent à la ſolemnité, il n'y auroit pas de difficulté qu'il faudroit ſuivre ce que la Loi du lieu où l'acte ſe paſſeroit, preſcriroit à cet égard.

Si ces formalités étoient habilitantes la perſonne, il faudroit ſuivre la Loi du domicile de la perſonne habilitée.

Si au contraire elles appartenoient, *ſive ad ſubſtantialia contractûs, ſive ad naturalia, ſive ad accidentalia aut complementoria,* c'eſt là où ſe rencontreroit la véritable difficulté ; & ſi vous donnez pour principe général & indéfini, qu'il faut toujours ſuivre la Loi du lieu où ſe paſſe le contrat, ou bien qu'il faut toujours ſuivre la Loi de la ſituation, ou bien qu'il faut toujours ſuivre la Loi du domicile des contractants, il eſt certain que vous donnerez un faux principe ; parce que, comme on le verra ci-après, tantôt ces formalités appartiennent au contrat, tantôt elles appartiennent & dépendent de la qualité de la perſonne, &c.

Il eſt néceſſaire d'obſerver qu'entre les formalités qui ſervent à former un acte & à le rendre parfait, il y en a qui s'accompliſſent & doivent s'accomplir en faiſant l'acte même, comme, par exemple, la préſence du ſubrogé tuteur dans la Coutume de Paris, pour la confection & fidélité de l'inventaire, à l'effet de diſſoudre la communauté, quand il y a des mineurs, & il faut dire la même choſe généralement de toutes les formalités habilitantes & probantes; il y en a qui ne peuvent s'accomplir que ſucceſſivement & par parties, & qui réunies, font la conſommation de l'acte, telles que les Enquêtes *de commodo & incommodo*, les affiches & les publications pour la vente des biens d'Egliſe, les avis de parents, les Décrets du Juge, &c. pour les biens de mineurs: il y en a encore qui ne peuvent ſouvent être accomplies qu'après quelque délai: telle eſt la tradition réelle & effective, lorſque l'on vend, dans un lieu, un fonds qui eſt ſitué dans un autre, où il faut une appréhenſion réelle de la choſe, ou une deſſaiſine pardevant les Officiers même du lieu, & juſqu'à l'union, le concours & l'aſſemblage de toutes ces formalités, l'acte n'eſt pas parfait, & ne peut avoir un effet plein & entier.

Tout ce que nous venons d'expoſer juſqu'à préſent, fait connoître combien les différentes formalités des actes ſont variées & modifiées, & combien eſt grande la difficulté, (tranchons le mot) l'impoſſibilité de ranger ces formalités ſous des claſſes réglées, & de preſcrire des principes uniformes, & qui aient toujours une application heureuſe & convenable. Je finirai par un exemple bien frappant.

A Utrecht il faut des Lettres que l'on appelle d'Octroi, pour pouvoir teſter des biens de la Province. On a demandé ſi ces Lettres appartenoient à la formalité, ſi elles appartenoient à la réalité, & notre Auteur, au *chap.* ſuivant, *n.* 8, dit que ſur cette queſtion, les avis ſont fort partagés, & il paroît qu'il eſt lui-même embarraſſé à prendre un parti.

Je n'entreprendrai pas de donner un *Criterium* pour bien caractériſer ces différentes formalités; je prévois que je n'en viendrois pas à bout, & je laiſſe ce dénouement général à faire à de plus habiles que je ne ſuis. Je donnerai néanmoins ici une regle que je trouve dans Tiraqueau & dans pluſieurs Auteurs, qui eſt que quand un Statut exige dans la confection d'un acte, l'aſſiſtance & le conſentement de quelqu'un, ce conſentement

eſt requis pour forme & ſolemnité intégrante & habilitante la perſonne, quand il n'intéreſſe pas ceux dont le conſentement eſt requis. *Tunc requiritur ad integrandam perſonam, & ut authoritas;* mais qu'il n'appartient nullement à la ſolemnité, quand ce conſentement les intéreſſe, *& tunc requiritur ut conſenſus.*

C'eſt pourquoi, ſelon ces Auteurs, ce conſentement doit être dans l'acte même, quand il eſt requis comme forme & ſolemnité, & il peut intervenir après coup, quand il ne tient pas lieu de forme & de ſolemnité. Ainſi, au premier cas, il appartient à la forme intrinſeque & conſtitutive, *pro forma & ſubſtantiali requiſito contractuum habetur.* Au ſecond cas, il appartient à la forme accidentelle. *Non dat ſubſtantiam rei, ſed requiritur ad utilitatem conſequendam.* Voici les termes de Tiraqueau *de legibus connub. gl. 6, n. 5, eſt autem omnium ferme ſententia, tum demum conſenſum non videri ad ſolemnitatem requiſitum, quando actus privatus tangit commodum vel incommodum ejus qui debet conſentire, nec propter aliud, ejus conſenſus requiritur, ideoque poſt actum poteſt interponi. At ſi requiratur ejus conſenſus, cujus privatim nihil intereſt actum geri, videtur requiri ad integrandam, ut noſtri loquuntur, & legitimandam perſonam illius, qui actum ſuum ipſum facit, & propterea videtur eſſe de forma & ſolemnitate, & habet vim auctoritatis, nec poteſt poſt actum interponi.*

Everardus, *conſil.* 8, eſt dans les mêmes principes. *Quando conſenſus ejus cujus intereſt, requiritur, nunquam hoc caſu requiritur pro forma & ſolemnitate, & tunc ex conſenſu ſuperveniente validatur; non validatur verò, quando conſenſus ejus, cujus non intereſt, requiritur pro forma & ſolemnitate.*

Le Conſeil 106 d'Alexandre, *liv. 6*, eſt fondé ſur les mêmes raiſons. Il diſtingue le conſentement requis *per modum auctoritatis*, & celui requis *propter intereſſe & ratione præjudicii ipſius conſentientis.*

Balde, ſur la Loi premiere, *C. de ſacroſanctis Eccleſiis*, dont le titre eſt, *Lex repetita à Baldo anni* 1358, & qui ſe trouve après ſon Commentaire ſur la premiere Loi, dit la même choſe, *quando conſenſus requiritur ad ordinationem actûs, & ſcientiæ, nihil operatur conſenſus ſubſequens.... iſte enim conſenſus eſt autoriſabilis ad perſonam, & ideo non poteſt intervenire ſeorſum ab actu, n.* 47.

Betſius, *de Stat. pact. & conſuet. famill. illuſt. &c. ch.* 10,

§. 2°. me paroît avoir rendu cette regle en termes bien clairs & bien énergiques. *Quoties de aliquo actu celebrando agitur, ſemper reſpiciendum eſt, utrum conſenſus requiratur pro ſolemnitate & forma actûs, an verò propter jus, commodum, vel incommodum, quod alicui ex contractu aut ultima diſpoſitione ſine ipſius conſenſu celebrata auferri, vel inferri poteſt, ita ut hic conſenſus ad actûs validitatem, vice cujuſdam approbationis interponatur: primo caſu plerique tradunt conſenſum in ipſo actu intervenire debere, nec ſi poſtea interveniat, quicquam prodeſſe: quidquid enim ad formam & ſolemnitatem actûs requiritur, id ab actu dividi & ſeparari non poteſt, & propterea cum ex defectu ſolemnitatis non ſubſiſtat, non poterit poſtea confirmari ex interventu ipſius ſolemnitatis.*

Ainſi il y a des actes qui, à défaut de certaines choſes, ſont nuls, mais dont la nullité peut ceſſer, *qui ſunt in potentia convaleſcentiæ*, & d'autres qui ſont nuls d'une nullité irrévocable, *& non ſunt in potentia convaleſcentiæ*, ſelon que ces choſes appartiennent à la forme intérieure, ou extérieure. C'eſt ainſi que par Arrêt du 16 Juin 1708, rendu au rapport de M. de Leſſeville, Conſeiller en la cinquieme Chambre des Enquêtes, au profit de la Dame Comteſſe d'Acigné, une obligation par elle faite, ſans autoriſation, étant domiciliée à Paris, a été déclarée nulle, encore que ſon mari eût poſtérieurement ratifié ladite obligation.

La raiſon de cette Juriſprudence eſt que, *confirmatio nihil dat, nihil novi juris confert, nec invalidum validat; non enim fit ad finem diſponendi, ſed ſolum ad finem approbandi confirmabile, tale quale eſt, & in quantum eſt verum, validum & efficax, ſi tale eſt & non aliter;* ce qui eſt ſans difficulté, quand la femme n'intervient pas dans la ratification; & ſi elle y intervenoit, elle ne ſeroit pas obligée, *ex antiquo titulo, ſed ex novo*, & l'hypotheque ne commenceroit que de ce jour. Mol. §. 8, *verbo*, dénombrement, *n.* 87.

Mais ſi cette regle de nos Auteurs peut nous être de quelque utilité, il faut convenir qu'elle ne leve pas toutes les difficultés. C'eſt pourquoi je me contenterai de dire ce que je penſe ſur les formalités, en les préſuppoſant rangées chacune dans leur claſſe; mais auparavant permettez que je vous mette ſous les yeux les regles que nos Auteurs nous donnent encore par rapport à ce; vous en ferez l'uſage & l'application que vous jugerez à propos.

Ménochius, *lib.* 2, *præſumpt.* 2, demande d'abord, *an, quemadmodum Statuta uſu civium recepta ligant cives ipſos in civitate aliquid facientes, ſic etiam ligent, ſi foris aliquid agunt?* & il répond, *diſtinguenda eſt, hîc primùm, voluntas à potentia; quod ſtatuentes poſſunt Statuto ligare cives etiam extra territorium actum conficientes, apud me certum eſt, & paſſim ſine controverſia admittunt Doctores..... quo verò ad voluntatem, an ſcilicet ſtatuentes voluerint comprehendere cives extra territorium conficientes, ſunt conſideranda Statuti verba ſicuti admonent Barth. & reliqui..... & propterea diſtinguendi ſunt aliquot caſus.*

1us. *Eſt quando Statutum utitur claris verbis, & in claris hæſitandum non eſt.*

2us. *Caſus eſt, quando Statuti verba dubia, ſunt concepta in perſonam quam Statutum inhabilitat reſpectu ſolemnitatis & formæ adhibendæ in actu: ut ſi Statutum dicit, quod nemo conficiat teſtamentum vel inſtrumentum, niſi coram duobus Notariis, vel tribus teſtibus. Atque ita Statutum formam tribuit actui in ipſum actum agendo: hoc in caſu Statutum non comprehendit civem conficientem teſtamentum vel inſtrumentum extrà territorium.*

*Quando Statutum dat formam actui ratione perſonæ, cujus cauſa & reſpectu principaliter actum ipſum inhabilitat; hoc etiam caſu civis extra civitatem actum gerens, non præſumitur ligatus, eo ſuæ civitatis Statuto, cùm Statutum loci, contractûs actûſve obſervari debeat.*

*Quando Statutum inhabilitat perſonam ratione formæ, ut quod minor vel filiusfamil. contrahere non poſſit ſine tali ſolemnitate, vel quod mutuo non poſſit contrahere ſine conſenſu propinquorum; hoc caſu Statutum comprehendere dicitur civem ſuum gerentem actum & contractum extra territorium.*

*Quando verba dubia Statuti ſunt concepta in rem reſpectu rei, ut ſi Statutum prohibet rem alienari extra conſortes. Hoc caſu Statutum comprehendit etiam civem contrahentem vel diſponentem extra territorium.*

*Quando verba dubia Statuti ſunt concepta in perſonam, reſpectu ipſius perſonæ quam inhabilitat, ſed prohibitio eſt favorabilis, ſicuti quando Statutum providens ne minores decipiantur, diſponit quod minor 25 annis non poſſit conficere teſtamentum, vel prohibet Statutum, quod maritus non poſſit legare proprietatem uxori, & contra, quod favorabile dicitur. Hoc caſu præ-*

*ſumitur ſtatuentes voluiſſe ligare etiam civem contrahentem, vel legantem extra territorium.*

*Quando verba dubia Statuti ſunt concepta in perſonam reſpectu ipſius perſonæ quam Statutum inhabilitat, & prohibitio eſt odioſa, hoc caſu non præſumitur quod ſtatuentes voluerint ligare civem contrahentem vel diſponentem extra territorium.*

Voici maintenant les regles de Mævius, *in Jus Lubecenſe.*

*Quædam circa perſonas aliquid diſponunt habilitando, aut inhabilitando eas, vel prohibendo aliquid, neque tunc fit extenſio ad ea immobilia quæ extra territorium ſunt.*

*Quædam aliàs ſunt permiſſiva & removentia obſtaculum juris communis, quæ nec extenſionem iſtam patiuntur: quædam circa ſolemnitates actuum humanorum principaliter modum deffiniunt... in ſolemnibus enim, ſemper inſpicitur locus ubi res agitur.*

En voici encore quelques-unes que nous donne Antonius Gabriel, dans ſon livre intitulé, *Communes Concluſiones, lib. 6, de Statut. concluſ. 8.....*

*Statutum favorabile inhabilitans perſonam habilem de jure communi ad diſponendum vel in ultima voluntate, vel inter vivos, operatur etiamſi perſona prohibita ſubdita ipſis ſtatuentibus contrahat, vel diſponat in ultima voluntate, extra territorium ipſorum ſtatuentium, n°. 1°.*

1°. *Ampl. nam talis inhabilitatio à Statuto inducta, operatur quoad omnia bona, etiam ſita extra territorium ſtatuentium.*

1°. *Limita principalem concluſionem locum habere, dummodo expreſſè conferatur diſpoſitio extra territorium, & in ſubditum.... ſecus in diſpoſitione ultimæ voluntatis.*

2°. *Limita quia tale Statutum non operatur quoad forenſes etiamſi in loco ſtatuentibus ſubjecto contrahant vel alias diſponant, n°. 12. Etiam quoad bona ſita in territorio, n. 14.*

3°. *Limita quando perſona inhabilitaretur, non ſimpliciter, ſed ne actum faceret ſine certâ ſolemnitate, nam valeret contractus abſque illâ ſolemnitate ſi contraheret quis extra territorium dummodò non in fraudem, n°. 22.*

*Talia Statuta è converſo non operantur in favorem forenſium.*

*Sublimita, quia inhabilitatio inducta per Statutum non ſimpliciter, ſed propter certam ſolemnitatem non ſervatam, petatur etiam quoad forenſem contrahentem in loco ſubjecto ſtatuentibus, n°. 15. Contrarium tenent Oldradus, immola .... n°. 17.*

*Concorda quia 1ª. opinio habet locum quando Statutum non*

*inhabilitat principaliter perſonam, ſed tantummodo actum, ob non ſervatam ſolemnitatem.*

2°. *Amplia ut etiam idem ſit in legitimandâ perſonâ inhabili de jure communi, quia talis habilitatio non extenditur ad forenſem, n°. 19, nec operatur in ſubdito extra territorium, eod. n°.*

*Si Statutum contineat prohibitionem perſonæ odioſam, tunc non operatur extra territorium, n°. 25. Et lib. 6°. de conſuetudine, concluſ. 2, n. 21. Tenendo principalem concluſionem, quod in contractibus attendatur locus contractûs, & propterea etiam forenſis contrahens teneatur ſervare conſuetudinem, vel Statutum loci in quo contractus perficitur, maxime quoad ſolemnitatem requiſitam in contractu.*

*N. 25, limita, quando Statutum loci requirens ſolemnitatem in contractu, principaliter reſpiceret perſonam cujus favore exigit illam ſolemnitatem, quia tunc non operaretur quoad forenſes contrahentes in loco.*

Maſcardus, *de gen. Statut. interp. concl. 6, n. 1°.* donne d'abord pour regle que *Statutum non ligat forenſes, nec porrigitur ad eos. Amplia ut procedat etiam ſi forenſis contraheret in loco Statuti, vel alias ibi diſponeret, nam tunc ſi ſtatutum ſimpliciter, & præciſe habilitaret vel inhabilitaret perſonas ad aliquem actum, forenſis ex eo non comprehenderetur. Et ideo Statutum diſponens quod filiusfamil. non poſſit teſtari, non comprehendit forenſem ibi teſtantem, ſicut quod maritus non poſſit relinquere uxori, non comprehendit forenſem ibi relinquentem.*

*Intellige ut non procedat quando Statutum non inhabilitaret ſimpliciter, ſed aut ſolum loqueretur circa ſolemnitatem adhibendam in contractu, aut inhabilitaret reſpectu non ſervatæ ſolemnitatis, quia tunc operaretur etiam quoad forenſes contrahentes in loco ſubjecto Statuto, & eo ligarentur, quia forenſis tenetur ſervare illas ſolemnitates quas mandat Statutum loci in quo contrahit.*

1°. *Amplia iſtam intelligentiam....*

2°. *Amplia intelligentiam, etiamſi Statutum diſponendo circa ſolemnitates ſervandas loqueretur in perſonam, ut ſi Statutum vetaret filium obligari ſine patris, vel minores ſine conſenſu propinquorum, quia tunc ſicuti non eſt principalis intentio Statuti diſponere de perſona, ſed ſolum de ſolemnitatibus à perſona in illo loco, in contractibus adhibendis, & fit mentio de perſona incidenter, & ſecundario & non principaliter, cùm principaliter*

*consideretur actus, in cujus validitatem solemnitates illæ ordinatæ fuerunt, nec inhabilitatur quis ad contrahendum, sed solum datur à Statuto forma, sub qua quis valide contrahere possit. Ita Statutum indistincte quoscumque forenses comprehendet.*

Enfin voici ce que dit Mᵉ Ch. du Molin, §. 65, *gl.* 1re. *n.* 8, *quandocumque Lex prohibet aliquid fieri, nisi sub certo modo, ille modus causatur de forma, etiamsi Lex ultra non procedat, expresse annihilando.* Et sur le fondement de cette regle, il décide que l'interpellation que le nouveau Seigneur est obligé de faire à ses vassaux, pour pouvoir saisir féodalement, *est de forma;* mais que la maniere de faire cette interpellation, n'est marquée dans la Coutume que *vice demonstrationis & exempli.*

Pour examiner cette matiere importante avec ordre, il faut, selon Balde, considérer plusieurs choses. 1°. La capacité des personnes qui ont passé l'acte, de la validité duquel il s'agit. 2°. Les solemnités qui y ont été observées. 3°. Les choses dont on a disposé. 4°. Les choses substantielles & essentielles à l'acte, & enfin l'ordre général de l'acte. *Omnis enim dispositio requirit personas requisitas, rem, ordinem seu formam, item solemnitatem circa dispositionem, item substantialitatem, id est intrinsecam subsistentiam: quandoque utimur istis verbis promiscuè; sed propriè aliud est forma ut unus contextus in testamento, ut interrogatio & responsio in stipulatione, aliud solemnitas ut testium adhibitio, & rogatio, & scriptura, & similia requisita. Aliud substantialitas, quæ est ipsa dispositio, nam rei substantia res est, id est rei essentia.* Balde, *L.* 1ª *C. de sacrosanct. Eccles. n.* 21.

C'est aussi le plan que je vais suivre; & comme dans l'ordre de procéder, la premiere chose qu'il faut examiner, est la capacité de la personne, je commencerai par les formalités qui habilitent la personne; mais j'observerai d'abord que tant qu'on persistera dans le principe, que dès qu'il s'agit d'héritages dans un Statut, ce Statut est réel, il sera bien difficile que l'on soit jamais d'accord.

### *Formalités habilitantes.*

Quand nous parlons de formalités qui habilitent la personne, il faut nécessairement présupposer que la personne est inhabile sans ces formalités : car sans cela il ne seroit pas nécessaire que la personne fût habilitée.

Mais

Mais la perſonne inhabile peut être inhabile par état, ou peut n'être inhabile que pour certains actes ſeulement.

Pour exemple des incapacités d'état, la femme mariée eſt, dans le Pays coutumier, dépendante de l'autorité de ſon mari, par état & par condition; elle ne peut, ni vendre, ni aliéner, ni s'obliger, ni accepter une ſucceſſion, ni même accepter une exécution teſtamentaire, ſans l'autorité de ſon mari, expreſſe, littérale & préciſément exprimée, *apud nos non poterit acceptare (ut ſit executrix teſtamenti) niſi autoritate viri, qua obtenta reliqua ſine ejus autoritate peraget.* C. Mol. *ad Decium de reg. Juris, L. fœminæ;* en ſorte que le ſimple conſentement, ni la préſence, ne ſuffiroient pas; mais avec la formalité de l'autoriſation expreſſe, elle eſt relevée de cette impuiſſance d'état.

Je n'alléguerai pas ici l'exemple du mineur qui eſt ſous l'autorité d'un tuteur. Cette autorité ne releve pas le mineur de ſon impuiſſance. C'eſt le tuteur qui agit ſeul, quand même il aſſiſteroit ſon mineur, & je n'obſerve ceci qu'en paſſant.

Je ne puis m'empêcher d'obſerver en cette occaſion, qu'il ſembleroit qu'on n'a pas aſſez réfléchi ſur les termes que notre Coutume emploie, en ce qui regarde l'autoriſation & le conſentement du mari dans tous les contrats que les femmes peuvent faire.

Il y a des articles où la Coutume ne requiert que le conſentement du mari; tels ſont les articles 224 & 234, & il y en a où la Coutume requiert conjointement l'autoriſation & le conſentement; tels ſont les articles 223 & 226.

Les articles qui ne requierent que le ſimple conſentement, ſont pour le cas où la femme peut eſter en Jugement, & pour celui où la femme peut s'obliger perſonnellement; & quant aux autres articles, ils ſont pour le cas où la femme mariée veut vendre, aliéner, ou hypothéquer ſes héritages, qu'elle veut les échanger, faire partage, ou licitation, les charger, obliger, ou hypothéquer.

D'où l'on pourroit conclure que la Coutume diſtingue le cas d'une ſimple obligation perſonnelle qui ne tendroit qu'à obliger la perſonne & le ſimple mobilier de la femme, & le cas où il s'agiroit de vendre, aliéner, ou hypothéquer ſes héritages: au premier cas, le ſimple conſentement du mari ſuffit; au ſecond cas, il faut ſon autoriſation & ſon conſentement exprès.

Il eſt vrai que l'article 223 qui requiert l'autoriſation du mari,

ſemble embraſſer généralement tous contrats qu'il déclare nuls ſans l'autoriſation; mais outre que l'on peut dire que les contrats dont parle l'article, ſont ceux qui regardent la vente, l'aliénation, ou l'hypotheque des héritages énoncés dans l'article même, c'eſt que ſi on l'interprétoit autrement, il faudroit accuſer les Rédacteurs d'une négligence conſidérable dans l'article 234, qui ne parle que du ſimple conſentement, & qui l'aſſimile à l'article 224, où conſtamment le ſimple conſentement ſuffit.

Preſque tous nos Auteurs conviennent que l'autoriſation & le conſentement du mari ſont deux choſes différentes; l'autoriſation renferme bien le conſentement; mais le conſentement ne renferme pas l'autoriſation.

Ainſi dans les articles où il faut un conſentement autoriſant, la Coutume emploie les deux termes *autoriſation* & *conſentement;* & dans les cas où il ne faut que le ſimple conſentement approuvant, elle ſe ſert du terme unique *conſentement.*

On pourroit facilement concilier tous ces articles, en diſtinguant entre la ſimple obligation perſonnelle de la femme & l'obligation hypothécaire; pour la premiere, il ſuffit du ſimple conſentement du mari; pour la ſeconde, il faut une autoriſation, en ſorte que s'il n'étoit queſtion de mettre l'engagement de la femme à exécution, que ſur ſon mobilier, & que le créer ſe réduisît au ſimple mobilier, l'article 234 auroit lieu après ſon décès, ou après celui de ſon mari; & s'il falloit le mettre à exécution ſur ſes héritages, ce ſeroit l'article 223 qu'il faudroit invoquer.

Il faut convenir, d'un autre côté, que de très-bons Auteurs ont penſé indiſtinctement que le terme *autorité* & celui de *conſentement* étoient ſynonymes, & qu'il ſuffiſoit du ſimple conſentement du mari pour toutes ſortes de contrats, de ſorte que ſa ſimple préſence valablement atteſtée, marquoit un conſentement, & que cela ſuffiſoit à la femme pour faire valider ſon engegament, de quelque nature qu'il pût être, & fût-il pour vendre, ou hypothéquer ſes héritages.

Le Grand, *art.* 139, *gloſſ.* 2, *n.* 1; & de Lalande, ſur la Coutume d'Orléans, *art.* 194, le penſent ainſi, & regardent la néceſſité de la mention expreſſe de l'autoriſation, comme un piege pour ſurprendre & renverſer ce qui eſt de bonne foi.

Il eſt vrai qu'Innocent IV, ſur le Chapitre *cum conſuetu-*

*dinis* aux Décrétales *de conſuetudine*, a eſtimé que le terme *authorizo* étoit abſolument néceſſaire ; mais outre que cet avis contredit ouvertement la Loi 3, ff. *de auth. tutorum*, qui dit que *valet authoritas tutoris, cùm ſe probare dicit id quod agitur, & quod hoc eſt authore fieri ;* cet avis a été d'ailleurs expreſſément rejetté par Paul de Caſtres, cité par Chaſſénéuz, *art.* 1^er^. des droits appartenants à gens mariés. *Imò Paulus Caſtrenſis contrarium tenuit cum gloſſa, & doctrina eorum videtur veriſſima ;* auſſi Lalande ne craint pas d'avancer que nous ne nous ſommes pas arrêtés à cette ſubtilité dans la pratique & uſage des affaires ; ce qui a fait dire à l'Orateur Romain, *à verbis recedendum & æquitate juris utendum : ne non in æquitate defenſiones, ſed in una littera jus latuiſſe videatur ;* & l'Empereur Juſtinien, par la Loi premiere, au *C. de juris form. ſublatis*, a entiérement aboli ces formules rigoureuſes qui faiſoient dépendre le droit des Parties de quelques termes, plutôt que d'autres, *juris formulæ aucupatione ſyllabarum inſidiantes cunctorum actibus radicitùs amputentur.*

M. Bouhier, ſur la Coutume de Bourgogne, *chap.* 19, a traité cette queſtion ſi amplement & ſi ſavamment, qu'il eſt impoſſible d'y rien ajouter : il fait voir que l'autoriſation n'eſt requiſe que pour ménager la pudeur de la femme & la bienſéance, en ce qu'il ne convient pas qu'une femme mariée ait aucun commerce d'affaires avec qui que ce ſoit, ſans le conſentement exprès de ſon mari ; mais que quand il eſt préſent, & que ſa préſence eſt prouvée, cela doit ſuffire.

Je doute fort que cette belle & ſavante Diſſertation nous faſſe rétrograder ſur nos pas ; notre Juriſprudence contraire eſt trop ancienne & trop inculquée dans les eſprits : mais ſoit que l'on conſidre l'*intereſſe mariti*, ſoit que l'on conſidere *infirmitatem mulieris*, ſoit enfin que l'on conſidere *pudorem & modeſtiam*, il eſt certain que toutes ces choſes ſont à couvert par le ſimple conſentement du mari. Cependant ſi on perſévere dans la diſpoſition littérale de l'article 223, pour ce qui regarde la vente, ou aliénation des héritages de la femme, n'y auroit-il pas lieu de ſe renfermer littéralement dans l'article 234, quand il ne s'agira que du ſimple mobilier de la femme ? En prenant ce parti, 1°, on ne s'écarteroit pas des termes de ces deux articles. 2°. La femme ſeroit toujours, dans l'un & l'autre cas, ſous la puiſſance de ſon mari ; ſoit conſentement, ſoit

autoriſation, le mari exerceroit toujours des actes d'autorité, & la femme ſeroit également dans ſa dépendance; en ſorte qu'en ſuppoſant que le terme d'*autorité* eût une valeur différente du terme de *conſentement*, on emploieroit l'un plutôt que l'autre, ſuivant la conſéquence des objets, étant certain que l'objet du ſimple mobilier n'eſt pas auſſi conſidérable que celui des héritages, & par conſéquent peut ne pas exiger du mari un exercice de puiſſance ſi marquée & ſi entiere; & il ſemble que l'article 234 ſoit entré dans cette conſidération, en ne requérant que le ſimple conſentement, par rapport à la ſimple obligation perſonnelle: car l'article 223 en ſon entier, n'a ſon rapport qu'aux engagements qui emportent aliénation, ou hypotheque des héritages.

Paſſons à la ſeconde ſorte d'incapacité que j'ai annoncée ci-devant, & qui ne concerne que de certains actes ſeulement. L'homme majeur peut, par état & par condition, diſpoſer de ſes biens; mais il eſt empêché d'en diſpoſer dans certains cas, ſi ce n'eſt qu'il obſerve certaines formalités. C'eſt un homme qui poſſede des propres en Artois, & qui ne peut les vendre ſans le conſentement de ſon héritier apparent, ou autre formalité preſcrite par l'article 76. Cet homme peut par état, mais il a la puiſſance arrêtée pour un cas particulier, & elle n'eſt libérée que par le ſecours des formalités ci-deſſus, & il ne faut pas confondre ces deux ſortes d'inhabilités.

En effet, la perſonne inhabile par état, ne peut jamais être habilitée que par la Loi de ſon domicile; la raiſon en eſt que la perſonne inhabile par état, eſt affectée par cette inhabilité, & que la Loi ſeule de ſon domicile a autorité ſur ſa perſonne, & la peut ſeule par conſéquent relever de cette inhabilité perſonnelle & d'état.

Au contraire la perſonne habile par état, mais inhabile pour certaines choſes ſeulement, peut recevoir cette inhabilité de toute autre Loi que de celle de ſon domicile, parce que cette inhabilité n'affecte pas la perſonne, mais plutôt la choſe qui eſt dans l'objet de l'inhabilité prononcée.

Ainſi la premiere inhabilité vient de la Loi qui régit la perſonne; la ſeconde vient de la Loi qui régit la choſe, ou le contrat.

Delà il ſuit que quand la Loi qui régit la perſonne, aſſujettit à quelque formalité, pour être relevée de l'incapacité d'état dans laquelle elle eſt, l'obſervation de cette formalité

ne peut relever que le domicilié, & n'aſſujettit que lui; parce que cette formalité eſt pour le relever d'une incapacité d'état.

Quand, au contraire, c'eſt la Loi qui régit la choſe, ou le contrat, & qui aſſujettit à quelque formalité, pour lors c'eſt, ou la Loi du contrat, ou la Loi de la ſituation qui releve de l'incapacité prononcée.

Cela préſuppoſé, voici ma premiere Regle.

### *Premiere Regle.*

Quand la perſonne eſt incapable par état, elle ne peut être relevée de cette incapacité, qu'autant que la Loi de ſon domicile le permet, & que pour les cas où elle le permet, & même qu'en obſervant les formalités preſcrites par cette Loi, ſi elle en preſcrit quelqu'une : la capacité dont il s'agit, affecte néceſſairement la perſonne qui eſt rendue capable, ne fût-ce que pour un cas particulier, d'incapable qu'elle eſt par état, & il n'y a que la Loi qui a autorité & juriſdiction ſur la perſonne, qui puiſſe affecter la perſonne, & conſentir qu'elle ſoit ainſi rendue habile. C'eſt pourquoi cette capacité que la perſonne reçoit, ſoit générale, ſoit particuliere, eſt vraiment perſonnelle.

Mais quelle que perſonnelle que ſoit l'une & l'autre capacité que donne l'accompliſſement de ces formalités, elles ne ſe porteront l'une & l'autre par-tout, qu'autant que cette capacité ſera générale & d'état, ou qu'étant particuliere, elle ſera pure perſonnelle : car ſi la capacité, quoique perſonnelle, étoit perſonnelle réelle, c'eſt-à-dire, étoit bornée & reſtreinte à certains biens réels, elle n'opéreroit que dans le lieu du domicile.

C'eſt ainſi que la capacité particuliere & reſtreinte, accordée à un mineur de donner certain bien dans certains cas, n'opérera que dans le domicile, & pour les biens qui y ſont ſitués, parce que, quoique perſonnelle, puiſqu'elle habilite la perſonne incapable, néanmoins n'étant dans l'objet de la Loi, que pour quelque acte particulier, que nous ſuppoſons réel, elle n'agit que ſur le domicilié, & pour les biens ſitués dans l'étendue du domicile, & c'eſt le cas d'appliquer le principe de Faber, *au C. lib.* 1°. *tit.* 5, *defin.* 4, *quando Statutum eſt permiſſivum removens impedimentum Juris communis, ſive removeatur impedimentum quod ſuberat, ratione qualitatis perſonæ, tunc non extenditur ubique.*

Mais j'obſerverai, quant aux formalités requiſes par la Loi

pour habiliter la perſonne, qu'il y en a où le miniſtere du Juge doit ou peut intervenir, & par rapport à ces formalités, il me paroît néceſſaire d'en diſtinguer de deux ſortes: celles qui procurent des capacités, qui étant une fois acquiſes, ſe perpétuent ſans nouvel acte, comme l'émancipation; & celles qui ne s'acquierent que pour un moment & pour un ſimple acte qui eſt dans l'objet des parties, comme une autoriſation pour un acte particulier: à l'égard des premieres, j'eſtime que communément, & ſans une raiſon contraire évidente, c'eſt au ſeul Juge du domicile qu'il faut s'adreſſer; par exemple, pour l'entérinement des lettres d'émancipation, s'agiſſant de donner à la perſonne un état, qui ſe perpétue & qui l'accompagne en tous lieux.

Mais à l'égard des ſecondes formalités, comme elles ne profitent que pour un ſeul acte, j'eſtime qu'eu égard à la néceſſité du commerce, elles peuvent être accomplies par tous les Juges du lieu où la perſonne ſe trouve, *ſalvâ fraude*. Autrement le commerce des hommes deviendroit ttrop incommode & trop embarraſſé, ſi, par exemple, une femme ne pouvoit en aucun cas ſe faire autoriſer que par ſon Juge: au refus de ſon mari, comment feroit-elle, lorſqu'étant éloignée de chez elle, il eſt queſtion de conclure promptement une affaire qui lui eſt avantageuſe?

Mais que dirons-nous par rapport au Statut ſuivant?

Par *l'art.* 127, du Réglement de 1666 de Normandie, la femme ſéparée de biens, ne peut, ſans permiſſion du Juge & ſans avis de parents, vendre, ni aliéner les immeubles qui lui appartenoient lors de la ſéparation, ou qui lui ſont depuis échus par ſucceſſion, & néanmoins les contrats qu'elle en aura faits ſans ladite permiſſion, pourroient être exécutés ſur ſes meubles & ſur le revenu de ſes immenbles, après qu'il ſera échu & amobilié.

Par *l'art.* 128, du même Réglement, la femme ne peut vendre & hypothéquer ſes biens, même pour retirer ſon mari priſonnier de guerre, & pour autres cas privilégiés mentionnés en *l'art.* 541, de la Coutume, auſſi ſans permiſſion de Juges & avis de parents.

Je demande de quelle nature ſont ces deux Statuts, qui exigent ainſi la permiſſion de juſtice & l'avis de parents, pour qu'une femme puiſſe vendre ou hypothéquer les biens déſignés dans le Réglement? ſont-ce des Statuts qui habilitent la perſonne incapable par état? ſont-ce des Statuts qui concer-

nent la preuve & l'authenticité de l'acte? Enfin ſont-ce des Statuts qui concernent les choſes, & qui ſoient attachés aux choſes? de ſorte que ces formalités doivent être néceſſairement remplies dans le cas, où la femme contracte hors de ſon domicile, par vente ou aliénation de ces ſortes de biens ſitués en Normandie.

M. Froland, *ch.* 10, de ſes Mémoires ſur le Sénatuſconſulte Velleyen, *pag.* 827 & 830, agite ces queſtions. Il dit en la *pag.* 827, qu'en ce qui regarde *l'art.* 128 du Réglement de 1666, on n'écouteroit peut-être pas favorablement au Parlement de Rouen, l'avis de ceux qui décideroient pour la perſonnalité, parce que ce Parlement donne beaucoup à la réalité; mais qu'il y a tout lieu de croire que le Parlement de Paris ſe porteroit volontiers à décharger la femme de ces formalités, par rapport aux biens mêmes qu'elle auroit en Normandie, & ne déclareroit pas nulles les obligations qu'elle auroit contractées; qu'au reſte il eſt beaucoup plus ſûr pour le créancier d'exiger de la femme qu'elle obtienne cette permiſſion du Juge & cet avis de parents, afin d'éviter toute matiere à conteſtation, & ce, d'autant plus qu'il y en a beaucoup qui croient que c'eſt ce qui la rend habile à contracter, & forme en elle la capacité dont elle a beſoin pour hypothéquer les fonds qui lui appartiennent en Normandie, & que la Coutume lui refuſeroit, ſi préalablement elle ne faiſoit pas cette démarche. Quant à *l'art.* 127 du même Réglement de 1666, il dit qu'il faut ſuivre la Loi du domicile.

Depuis M. Froland, j'ai agité la premiere de ces queſtions en mes Diſſertations mixtes, *pag.* 302, où je l'ai traitée, *in utramque partem*, & je me ſuis déterminé à dire que par un certain ſentiment intérieur, je croyois le Statut *réel*, & attaché aux choſes.

M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 52, obſerve que ces ſortes de queſtions doivent ſe décider par les principes, & non par un ſentiment intérieur, & ce Magiſtrat a raiſon dans la Theſe générale, parce que, comme dit d'Argentré, *dominium rerum ab habitu mentis cujuſquam non pendet, art.* 53, *n.* 1. Ce n'eſt pas en effet un ſentiment intérieur & deſtitué de principes, qui, communément parlant, doit nous déterminer; mais dans une matiere auſſi abſtraite & auſſi confuſe, & où l'application des principes eſt auſſi difficile, on peut, ce ſemble, admettre un

ſentiment intérieur, qui naît de l'aſſemblage de différentes idées ſoutenues de part & d'autre de principes, qui après avoir agité le cerveau & s'y être muries, vous déterminent & vous entraînent pour un parti plutôt que pour un autre.

Je repaſſe & je peſe les raiſons que j'ai apportées en ventilant le ſentiment de ceux qui décident que le Statut de la Coutume de Normandie eſt perſonnel, raiſons que M. le P. Bouhier a trouvées excellentes, & qui, ſelon moi, ont acquis un nouveau dégré de bonté, depuis que ce Magiſtrat les a goutées.

Cependant je l'avoue de bonne foi, je ſuis encore flottant; les raiſons de M. le P. Bouhier me paroiſſent très-fortes; mais il y a des réponſes bien puiſſantes.

On dit pour la perſonnalité, qu'à la vérité, c'eſt ici une femme qui par ſa ſéparation de biens, prononcée en Normandie, eſt, comme l'obſerve ce Magiſtrat, entiérement affranchie de la puiſſance de ſon mari : car ſi elle eſt ſéparée de biens, ce n'eſt pas uniquement dans cette Coutume pour n'avoir plus part dans les conquêts, & pour être ſimple adminiſtratrice de ſes revenus; de ſorte que, pour toute autre choſe, elle ſoit encore ſous la puiſſance de ſon mari, & ait beſoin de ſon autoriſation, c'eſt une femme abſolument quitte de la puiſſance maritale; ce qui eſt ſi vrai, que, ſelon Baſnage, *art.* 117 *de la Coutume de Normandie*, la plus commune opinion eſt qu'elle n'a pas beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour teſter, quoique par cet article, avant la ſéparation, elle en eût beſoin : mais cette femme libre de la puiſſance maritale, n'eſt pas libre par état; la ſéparation de biens ne la ſouſtrait pas à ſon impuiſſance d'état; elle la ſouſtrait ſeulement à l'autorité de ſon mari, pour la faire retomber ſous l'autorité du Juge & la dépendance de ſes parents. La ſéparation l'émancipe en quelque maniere pour ſes meubles & pour ſes acquêts, & la laiſſe dans ſa premiere impuiſſance pour tout le reſte; ſemblable en cela à un mineur qui eſt émancipé, ou par le mariage, ou par lettres, & qui n'en reſte pas moins dans une impuiſſance d'état & de condition; la femme par ſa ſéparation ne fait que changer de maître.

Dans ces circonſtances peut-on jamais dire que la permiſſion du Juge, & l'avis des parents, néceſſaires par la Coutume de Normandie, ſoient des formalités réelles? Voilà ce que M. le P. Bouhier ne ſauroit gouter, & ce qui lui fait dire que le Statut de Normandie eſt un Statut perſonnel.

Mais

Mais ſi ce Statut eſt perſonnel, il faudra dire que la femme de Paris ſéparée de biens, allant demeurer en Normandie, & celle de Normandie venant demeurer à Paris, ne ſeront plus dès-lors aſſujetties aux Loix de leur ancien domicile, mais bien à celles de leur domicile actuel. Et ce n'eſt pas ce que veut M. le P. Bouhier: il eſtime que la femme de Normandie eſt toujours aſſujettie aux Loix de Normandie, quelque changement de domicile qu'elle faſſe, comme celle de Paris, qui va demeurer en Normandie, eſt toujours aſſujettie aux Loix de Paris, & ſon ſyſtême (il faut en convenir) eſt fort ingénieux. La femme, dit-il, contracte par ſa ſéparation dans la Juriſdiction où elle a été ſéparée; elle acquieſce aux conditions ſous leſquelles cette ſéparation a été prononcée, & ce contrat la ſuit par-tout.

Ce Magiſtrat prévoit l'objection qu'on pourroit lui faire: une femme ſéparée de biens dans un lieu allant demeurer dans un autre, ſe trouveroit toujours attachée aux Loix qui auroient prononcé ſa ſéparation, & cela pourroit induire en erreur ceux avec qui elle contracteroit, & il répond à cela par cette regle de Droit, *qui cum alio contrahit, vel eſt, vel eſſe debet non ignarus conditionis ejus.*

Pour ſoutenir, au contraire, que le Statut eſt réel, on dit, que ce Statut ne regle que les immeubles, & pas même tous les immeubles: car la femme diſpoſe librement de ceux qu'elle pourroit avoir acquis depuis ſa ſéparation, & de ceux qui lui ſeroient donnés ou légués par des étrangers, &c. au lieu que dans la Coutume de Paris, la néceſſité de l'autoriſation eſt pour chacun des actes d'aliénation que la femme même ſéparée voudroit faire de ſes biens immeubles généralement quelconques: la femme à Paris n'eſt ſéparée que pour n'être plus commune, & pour adminiſtrer ſes biens; du ſurplus elle eſt toujours, *in ſacris mariti*, ce qui emporte une impuiſſance d'état.

Mais dans la Coutume de Normandie, la femme eſt libre de l'autorité maritale; elle n'a beſoin du Juge & des parents que pour certains biens immeubles; hors ce cas, elle eſt auſſi libre & auſſi indépendante qu'avant ſon mariage, & que tous les autres Citoyens de la Normandie, ce qui rend ſa dépendance purement réelle.

Le Statut d'Aloſt en Flandres, dont nous avons parlé ci-

devant, quoiqu'interdiſant à la femme l'aliénation de ſes fonds & de ſes rentes, dans des termes beaucoup plus indéfinis que ceux du Statut de Normandie, a été jugé néanmoins être réel.

Il eſt vrai que cette déciſion quant au Statut d'Aloſt, peut ſurprendre, & qu'on pourroit encore ne pas s'y rendre aiſément; mais le Statut de Normandie eſt plus reſtreint & plus limité que celui d'Aloſt, & ce que l'on pourroit ne pas dire de ce dernier, il faut le dire de celui de Normandie.

Enfin ce n'eſt pas une autoriſation habilitante que la femme acquiert du Juge & des parents; c'eſt une ſimple permiſſion de l'un & un conſeil des autres. Ces deux choſes doivent, à la vérité, ſe rencontrer copulativement, & l'une des deux manquant, l'effet de la Loi ne ſauroit s'en ſuivre. *Si ſic ſonaret Statutum quod mulier non poſſet vendere rem immobilem, ſine auctoritate propinquorum & judicis copulativè, tunc ſola auctoritas judicis non operaretur, & eſſet ſemper inutilis talis contractus.* Mol. C. lib. 4, tit. 38.

Mais ce concours requis par les réglements de Normandie, n'a pour objet que quelques immeubles. La femme pourroit aliéner pour cent mille écus de fonds qui lui auroient été légués depuis ſa ſéparation par des étrangers, & cela ſans permiſſion, ni conſeil, & ce ſera un état pour elle de ne pouvoir vendre pour cinq ſols d'autres biens.

Diſons donc que la diſpoſition de la Coutume de Normandie ne marque pas que la femme ſoit dans une dépendance d'état; mais ſeulement que certains biens ne peuvent être par elle aliénés qu'avec une ſorte de précaution & de connoiſſance de cauſe, ce qui ne préſente qu'un aſſujettiſſement particulier, reſtreint & limité à certains biens, & par conſéquent réel.

Combien d'actes dans la ſociété civile qu'il faut faire homologuer en Jugement? combien de Coutumes où l'avis de parents eſt néceſſaire? & néanmoins ces formalités n'operent pas de dépendance d'état.

Auſſi l'aliénation des biens prohibés que pourroit faire la femme, ſans la permiſſion du Juge, eſt bonne & valable en elle-même, *articles* 538 & 541, & a encore ſon exécution, puiſqu'elle s'exécute ſur les meubles & fruits des immeubles de la femme, *art.* 127 *des Placités;* ce qui fait connoître que ces Réglements n'ont pour objet que les biens.

C'eſt pourquoi encore que les raiſons du parti oppoſé ſoient

très-fortes, ne ſeroit-ce pas ici le cas d'employer ce que tous nos Auteurs diſent? *Dum agitur principaliter de introducenda aliqua forma ad ſolemniſandum actum vel contractum, etiam ſi verba dirigantur in perſonam, non debent attendi; verba illa ſunt tantum mens & intentio ſecundaria Statuti, ſed debent omnia regulari ſecundùm principalem diſpoſitionem quæ eſt circa ſolemnitatem.* Maſcardus de gener. ſtat. interpret. concl. 6, n. 26 & ſequent.

Mais en prenant le parti de la réalité, il en faut tirer une conſéquence qui ne ſera peut-être pas du gout de tout le monde, qui eſt que la femme ſéparée de biens, domiciliée en Normandie, pourra, étant à Paris, vendre impunément ſes biens de Paris.

En effet elle n'aura pas beſoin de l'autoriſation de ſon mari, puiſqu'elle n'eſt pas ſous ſa puiſſance, & qu'elle n'eſt pas domiciliée à Paris: elle ne ſera pas obligée de recourir à l'autorité du Juge & à l'avis de parents, puiſque ce ſont des formalités réelles attachées aux biens, & que les biens qu'elle veut vendre, ſont ſitués en Coutume qui n'exige pas cette formalité réelle.

Ne pourroit-on pas, dans ces circonſtances, comparer la femme ſéparée & domiciliée en Normandie, à celle qui étant domiciliée dans les Pays de Droit écrit, où l'autoriſation n'eſt pas néceſſaire, peut vendre librement ſes paraphernaux ſis à Paris?

De tout ce que je viens d'expoſer, l'on voit combien il eſt difficile de fixer la nature du Statut de Normandie, & je me contenterai d'avoir propoſé les raiſons de part & d'autre, & d'avoir expliqué les difficultés qui réſultent des deux partis contraires.

Cependant, toutes réflexions faites, voici ce qui me détermineroit pour la perſonnalité du Statut: je remonte à l'état primitif d'une femme mariée ſous la Coutume de Normandie, & je la trouve dans une dépendance entiere de ſon mari; l'intention de la Coutume n'eſt pas qu'une femme qui ſe fait ſéparer de biens, ſoit déclarée entiérement indépendante & maîtreſſe de ſes biens: elle n'eſt libre de la puiſſance maritale, que pour retomber dans la dépendance de ſes proches & du Juge: ainſi elle ne change pas d'état, elle change ſimplement de maître; ſa ſéparation fait en elle, ce que l'émancipation fait

dans un mineur : il devient adminiſtrateur de ſes biens, mais il reſte toujours mineur, & dans l'impuiſſance d'aliéner ſes fonds : il en eſt de même de la femme ſéparée, & elle porte cette impuiſſance perſonnelle par-tout, comme formant ſon état.

Il eſt vrai que cette femme ainſi ſéparée de biens, peut aliéner les biens qu'elle a acquis, & ceux qui lui ont été donnés, ou légués depuis ſa ſéparation ; mais c'eſt comme un acceſſoire de ſon émancipation : elle a ménagé ſes revenus, elle a mérité la bienveillance de gens qui ne lui devoient rien, il a paru juſte de la laiſſer la maîtreſſe de ces ſortes de biens qui lui ſont, en quelque maniere, accidentels, & ne ſont, ni dotaux, ni patrimoniaux ; & cette faculté, je la regarde comme perſonnelle & comme une dépendance de l'émancipation de la femme qu'elle peut auſſi porter par-tout où elle aura de ces ſortes de biens.

Mais quand on pourroit regarder ce Statut comme perſonnel, faudroit-il dire, avec M. le P. Bouhier, que la femme Normande, en quelque endroit qu'elle aille demeurer, ſera toujours aſſujettie à l'autorité du Juge & à l'avis de parents ?

M. le P. Bouhier le croit : la raiſon qu'il en donne, eſt que la femme s'eſt ſoumiſe à ces formalités, par l'acquieſcement qu'elle a donné à ſa Sentence de ſéparation : mais à quoi tend cet acquieſcement ? C'eſt d'être femme ſéparée de biens. Delà s'enſuit-il qu'elle demeurera aſſujettie à pratiquer les formalités preſcrites par la Coutume de Normandie, pour l'aliénation de ſes propres ? Si ces choſes requiſes le ſont pour habiliter la femme, n'eſt-elle pas aſſujettie aux Loix de ſon domicile actuel ? & ne faut-il pas dès-lors rentrer dans le Droit commun ?

Nous avons, dans la Coutume du Hainaut, des diſpoſitions ſur leſquelles, en continuant de parler des formalités habilitantes, il ne ſera pas indifférent de dire quelque choſe.

Dans cette Coutume, la femme liée de mari eſt tellement ſous la puiſſance de ſon mari, qu'elle ne peut pas même faire de teſtament, ſi elle n'eſt autoriſée de ſon mari, ou ſi ce n'eſt que par ſon traité de mariage, elle en ait retenu le pouvoir, ſuivant *l'art.* 5 *du chap.* 29, & *l'art.* 20 *du chap.* 32 *de cette Coutume.*

Mais s'il arrive pendant le mariage, que la femme ſoit ſéparée de corps de ſon mari, ce que la Coutume appelle femme

divorcée, pour lors elle rentre, en ce qui regarde la capacité de teſter, dans tous les droits accordés par cette Coutume, aux perſonnes libres: elle a les mêmes facultés que la femme veuve, & elle peut, comme elle, faire un teſtament.

Dans cette même Coutume, les conjoints ſéparés de corps, s'ils ont des enfants, ne peuvent pas vendre leurs héritages & rentes de leur côté, & acquêts, au préjudice de leurs enfants, non plus qu'en cas de viduité; & ſi tels divorcés n'avoient enfants de mariage, ne pourront vendre leurs fiefs & aloës, ni auſſi leurs héritages & rente de main ferme, venans de leur patrimoine, ſans autoriſation de la Cour, ou du chef-lieu, ſous lequel les héritages ſeront giſſants, le tout après connoiſſance de cauſe, ſuivant *l'art.* 8 *du chap.* 121.

*His poſitis*, on demande d'abord ſi la femme divorcée, ou non, demeurante à Paris, par exemple, & n'ayant pas d'enfants, pourra vendre ſes fiefs & héritages de patrimoine ſis en Hainaut, ſans obtenir l'autoriſation de la Cour, portée par *l'art.* 8 *du chap.* 121 de la Coutume du Hainaut, & ſans remplir les autres formalités, *& vice verſâ*, ſi demeurant en Hainaut, elle ſera obligée aux formalités de cette Province pour les biens de Paris.

Sur ces queſtions il n'y a pas de difficulté que la capacité en général de faire tous les actes du commerce, dont le pouvoir de vendre & aliéner ſes biens, fait partie, eſt une capacité perſonnelle & d'état, que cette capacité ſe prend de la Loi du domicile.

Mais delà s'enſuit-il qu'une femme divorcée, ou non, qui par la Loi de ſon domicile, peut vendre ſes fiefs & biens patrimoniaux, ſans l'autoriſation de Juſtice, puiſſe diſpoſer de ſes fiefs & biens patrimoniaux ſitués en Hainaut, ſans l'autoriſation de la Cour de Hainaut? Je n'en crois rien. Cette formalité eſt réelle, attachée aux choſes ſituées en Hainaut, & qui eſt indépendante de la capacité perſonnelle.

En effet l'autoriſation de la Cour de Hainaut eſt néceſſaire pour le mari, comme pour la femme: or on ne peut pas nier que le mari en Hainaut, qui n'eſt pas ſéparé de corps, n'ait une capacité d'état de vendre & aliéner. Mais étant divorcé, & ſans enfants, il ne peut plus vendre ſes fiefs & héritages patrimoniaux ſans l'autoriſation en queſtion, & c'eſt ce qui fait connoître que cette autoriſation eſt, dans les cas y marqués, de

diſpoſition réelle & attachée aux fiefs & héritages patrimoniaux ſitués en Hainaut.

Cette autoriſation de la Cour de Hainaut, peut être aſſimilée aux différentes formalités requiſes en Artois, pour la vente des propres, & de l'aveu de tout le monde, ces formalités ſont réelles.

Ainſi dans la Coutume de Hainaut, quoiqu'une femme & un mari divorcés qui y ſont domiciliés, ſoient placés dans le rang des perſonnes libres, tout libres qu'ils ſoient, ils ſont aſſujettis aux formalités de l'autoriſation de la Cour de Hainaut, parce que ces formalités ſont attachées aux choſes mêmes, & par conſéquent ſont pures réelles, & dépendent de la Loi de la ſituation.

Par la même raiſon, une femme libre & capable d'une capacité d'état par la Loi de ſon domicile, ne pourra pas abſolument vendre ſes fiefs & biens patrimoniaux ſitués en Hainaut, ſi elle a des enfants, & ſi elle n'en a pas, elle ne le pourra qu'avec les formalités de la Coutume de Hainaut, parce que *l'art.* 8, *chap.* 121, s'y oppoſe par une diſpoſition réelle.

Quant aux teſtaments, la femme en Hainaut, liée de mari, ne peut pas teſter ſans autoriſation, ou ſi elle ne s'en eſt pas réſervé le pouvoir par ſon contrat de mariage. La femme divorcée & la femme veuve, au contraire, le peuvent: elles ont l'une & l'autre une pleine capacité; c'eſt-à-dire, une capacité d'état à cet égard.

Delà il ſuit qu'une femme veuve, ou divorcée, qui eſt capable par état de teſter par la Loi de ſon domicile, portera cette capacité de teſter dans la Coutume même de Hainaut, parce que les Coutumes de ces deux endroits concourent à autoriſer cette capacité d'état: c'eſt la raiſon que j'en ai donnée dans l'Obſervation 28, ſur les teſtaments. Voyez les Arrêts de Pinault, *tom.* 1, *Arrêt* 146.

Mais ſi elle eſt liée de mari, & domiciliée dans une Coutume, où les femmes liées de mari, peuvent, par état, teſter, comme à Paris, dira-t-on qu'elle puiſſe teſter en Hainaut librement, quand elle ne s'en eſt pas réſervé la faculté par ſon contrat de mariage? Je ne le crois pas, parce que, comme je l'ai montré dans la même Obſervation 28, la capacité de teſter eſt une capacité perſonnelle, à la vérité, mais perſonnelle réelle, qui ſe renferme dans le lieu du domicile, & ne s'étend

que dans les Coutumes abſolument ſemblables, & qui n'exigent que la ſimple capacité d'état.

Delà il ſuit que la femme liée de mari, & domiciliée dans la Coutume de Hainaut, qui ne s'eſt pas réſervé la faculté de teſter, ne pourra teſter dans aucune Coutume, pas même dans une Coutume où la femme liée de mari, peut teſter, parce que la femme, faute de réſerve, eſt incapable, par état, de teſter, & que l'incapable, par état, eſt incapable par-tout, & qu'une Loi étrangere ne ſauroit habiliter la perſonne qui ne lui eſt pas ſoumiſe par un domicile actuel.

Mais quoique la femme capable de teſter par la Loi de ſon domicile, & dont la capacité ſera admiſe en Hainaut, puiſſe teſter utilement en Hainaut, ce ne ſera néanmoins qu'autant qu'elle ſe ſera déshéritée aux termes de *l'art. 2 du chap. 99*, parce que la déshéritance portée par cette Coutume, eſt une diſpoſition abſolument réelle, & qui domine les biens qui ſont ſoumis à cette Coutume.

A l'occaſion de ce que la Coutume de Hainaut veut que la femme liée de mari, ne puiſſe faire de teſtament, ſi elle n'eſt autoriſée de ſon mari, ou ſi elle ne s'en eſt réſervé la faculté par ſon contrat de mariage, j'obſerverai que la Coutume de Bourgogne exige pareillement pour la femme qui veut teſter, qu'elle ſoit autoriſée par ſon mari, & elle exige auſſi une réſerve par traité de mariage, pour le cas où la femme veut teſter au profit de ſon mari.

Ces deux Coutumes paroiſſent aſſez ſemblables, en ce qu'elles exigent l'une & l'autre une autoriſation de mari, & réſerve pour la femme, par traité de mariage, pour teſter. Cependant nous diſons, Obſervation 28, qu'au Parlement de Tournay, on a jugé le Statut de Hainaut perſonnel ; & dans un moment, nous allons citer un Arrêt du Parlement de Bourgogne, qui a jugé le Statut de Bourgogne être réel. On pourroit s'écrier : il n'y a donc rien de ſûr dans cette matiere.

Mais à cela je réponds que ces deux Statuts de Hainaut & de Bourgogne, quoique ſemblables en apparence, ſont néanmoins bien différents entre eux, & ces différences qui ſont palpables, juſtifient les deux Arrêts dont nous venons de parler.

En effet, en Hainaut la femme liée de mari qui ne s'eſt pas réſervé la faculté de teſter, ou qui n'eſt pas autoriſée, ne peut

abſolument & par état faire aucun teſtament au profit de qui que ce ſoit : elle reſte dans une incapacité abſolue & de nature, & par conſéquent dans une incapacité perſonnelle & d'état, & voilà ce qui a été jugé perſonnel : en Bourgogne, la femme autoriſée de ſon mari, acquiert, à la vérité, la capacité de teſter ; mais à défaut de réſerve par contrat de mariage, elle tombe dans une incapacité particuliere de teſter au profit de ſon mari, & voilà ce qui a été jugé réel.

Ainſi ce Statut de Bourgogne n'eſt pas général ; il ne défend pas toute diſpoſition teſtamentaire, à défaut d'autoriſation ou à défaut de réſerve par contrat de mariage ; ce défaut n'opere qu'entre les conjoints : c'eſt une prohibition renfermée entre eux ſeulement, & c'eſt ce qui la rend réelle.

Je mets dans le rang des formalités habilitantes la néceſſité d'un tuteur, pour la vente des biens de ſes mineurs, & toutes celles préalablement requiſes dans le domicile des mineurs pour l'autoriſer à vendre, parce qu'il me paroît que ces formalités ne ſont requiſes qu'à cauſe de leur incapacité, & qu'elles ſont attachées à leur perſonne ; mais le tuteur étant valablement autoriſé pour vendre, j'eſtime qu'il faut ſuivre les formalités preſcrites dans le lieu de la ſituation, en ce qui regarde les formalités de faire les affiches, les publications, les encheres & autres formalités tendantes à parvenir à la juſte valeur des biens.

## *Deuxieme Regle.*

Si la perſonne eſt capable par état dans le lieu de ſon domicile, & que par cette Loi ou par toute autre, il lui ſoit prohibé de faire certains actes réels ſans le ſecours de quelque formalité ; la perſonne n'aura beſoin de pratiquer cette formalité, que pour les biens ſitués dans l'étendue de la Loi qui l'exigera, & la perſonne pourra dans tout autre endroit, tout ce que les capables par état, peuvent faire.

La raiſon de cette regle eſt que la perſonne étant habile par état, elle porte cette habilité d'état par-tout où il n'y a point d'empêchement particulier & réel : c'eſt ce que dit d'Argentré. *Ego contendo, cùm Statutum non ſimpliciter inhabilitat, ſed ratione fundi & juris realis, toties hanc inhabilitatem non egredi locum Statuti*, art. 218, n. 16, *in fine.*

On

On peut faire l'application de cette ſeconde regle dans les Statuts ſuivants.

La Coutume de Bourgogne, en *l'art.* 7, des gens mariés, ne permet aux conjoints de s'avantager par contrat, ni par teſtament, ſi ce n'eſt du conſentement des plus proches parents vivants qui devroient ſuccéder au mari ou à la femme; ſuppoſé que leſdits contrats aient été *valés* * par ſerment, ſi autrement par traité de mariage, il n'étoit entre eux convenu.

* *Id eſt*, validés.

Le ſecond Statut eſt celui de la Coutume d'Artois, qui en *l'art.* 76, défend de vendre ſes propres ſans le conſentement de l'héritier apparent, &c.

Ces deux Statuts, ſans difficulté, ne mettent dans la perſonne, qu'une incapacité particuliere : car en Bourgogne, les gens mariés ne ſont à l'égard de tous autres, aſſujettis ni au conſentement des plus proches parents, ni à la convention par mariage; la femme n'a beſoin que de l'autoriſation de ſon mari, & avec cette autoriſation elle a une capacité d'état : mais ils ſont entre eux, & reſpectivement à leur qualité de conjoint, dans une impuiſſance particuliere, ſi d'ailleurs ils ne ſe ſont pas réſervé par leur contrat de mariage, la faculté de ſe donner, ou qu'ils ne ſe donnent pas du conſentement des plus proches parents vivants.

Pareillement en Artois, la défenſe n'eſt pas générale, & elle ne tombe que ſur les propres.

Si l'on ſuit la regle de Tiraqueau, il faut examiner ſi dans ces Statuts le conſentement des proches eſt requis pour l'utilité des héritiers, ou non. Au premier cas, le conſentement *ad ſolemnitatem non requiritur.* Et au ſecond cas elle eſt de forme & de ſolemnité intégrante, *requiritur ad habilitandam perſonam.*

Si ce conſentement eſt requis comme ſolemnité, les conjoints qui contracteront en Bourgogne ou en Artois, quand même ils n'y auroient pas de biens, & fuſſent-ils domiciliés ailleurs, y ſeront aſſujettis.

Que ſi ce conſentement eſt requis, *ad integrandam perſonam*, pour lors ce conſentement n'aſſujettit que les domiciliés.

Mais où ce conſentement ne ſeroit requis, ni comme ſolemnité de l'acte, ni comme habilitant la perſonne, il doit donc être une formalité attachée aux choſes, & c'eſt ainſi qu'on le regarde en Bourgogne & en Artois; ces deux Statuts dès-lors

n'aſſujettiront que ceux qui y auront des biens, ſoit qu'ils y ſoient domiciliés, ſoit qu'ils ſoient domiciliés ailleurs, dès qu'ils diſpoſeront de ces biens.

Dans les Coutumes qui requierent le conſentement des proches, on demande ſi ce conſentement pourroit être donné, *ex poſt facto*. Suivant Tiraqueau & les autres Auteurs par nous ci-devant cités, le conſentement de l'héritier apparent pourroit ſurvenir après coup, parce que, ſelon eux, ce conſentement eſt requis, *propter intereſſe hæredis præſumpti*.

Nous pouvons encore employer pour cet avis la note de Me Ch. du Molin, *art.* 62, de la Coutume de Montreuil-ſur-mer, *verbo*, héritier apparent, *ſcilicet tempore alienationis, vel conſenſûs præſtiti*.

Cependant je trouve dans le nouveau Coutumier, *art.* 19, de la Coutume de Ponthieu, une note de Me Julien Brodeau, où il dit, que tels contrats paſſés ſans le conſentement de l'héritier, ſont nuls de plein droit : la voici telle qu'elle ſe lit dans Me Richebourg. » Les contrats eſquels la ſolemnité preſcrite par » cet article, ſavoir, le conſentement de l'héritier apparent » ou néceſſité jurée n'eſt obſervée, ſont nuls & invalides, non- » ſeulement à l'égard de l'héritier; mais même du vendeur qui » eſt recevable de venir contre ſon fait, & d'oppoſer la nullité » de la Coutume, ſans que l'acheteur puiſſe prétendre contre » lui aucuns dommages & intérêts, parce que le contrat eſt » fait, *vetante & prohibente Lege municipali*, & comme tel, eſt » nul de plein droit, & ne peut donner ouverture à aucune ac- » tion, cette ſolemnité étant eſſentielle & intrinſeque, comme » il a été jugé en confirmant la Sentence d'Amiens, du 8 Fé- » vrier 1612, par Arrêt du 5 Janvier 1615, & telle eſt la com- » mune uſance du Pays.

Voici l'eſpece qui a été jugée dans la Coutume de Bourgogne à cette occaſion.

Philiberte des Prez, réſidente au Mâconnois, Pays de Droit écrit, & ayant des biens en Bourgogne, inſtitue héritier Pierre Loyaſſe, ſon mari : *quæritur* ſi le teſtament eſt bon & valable pour les biens ſis en Bourgogne, n'y ayant pas de réſerve par le traité de mariage, ni conſentement des héritiers plus proches à ſuccéder; a été répondu que telle diſpoſition ne peut valoir pour les biens ſis en Bourgogne, n'y ayant point de réſerve par contrat de mariage, ni conſentement de l'héritier.

Ainſi jugé par Arrêt du Parlement de Dijon, du 21 Janvier 1621, qui déclare le teſtament bon pour les biens du Mâconnois, & non pour les biens ſis en Bourgogne. *Bouvot. verb. inſt. d'héritier, premiere partie, quæſt.* 3. Cet Arrêt eſt daté du 25 Janvier, dans les Annotations de Begat & d'Epringles, titre, *des Droits appartenants à gens mariés, art.* 7, vers le milieu.

Ce Teſtament eſt déclaré bon, parce que la teſtatrice avoit par la Loi de ſon domicile la capacité de teſter; mais il n'a pas eu d'exécution pour les biens de Bourgogne, parce qu'elle n'avoit pas pratiqué les formalités réelles de la Coutume de Bourgogne, lieu de la ſituation des biens.

Paſſons maintenant à quelque choſe de plus détaillé.

Quand la perſonne qui a fait un acte, avoit par la Loi de ſon domicile, capacité de le faire, c'eſt pour lors qu'il écheoit d'examiner, ſi cet acte eſt revêtu de ſes autres formes & ſolemnités, & j'en diſtingue de trois ſortes. Il y en a, *quæ requiruntur ante factum;* d'autres, *quæ requiruntur in facto;* & d'autres, *quæ requiruntur ex poſt facto.*

Les formalités *quæ requiruntur ante factum, vel ex poſt facto*, ne ſont pas communément de la ſubſtance conſtitutive de l'acte; mais ſimplement des formalités extrinſeques, & néanmoins néceſſaires, ou pour ſa validité, ou pour ſon complément.

A l'égard des formes & ſolemnités, *quæ requiruntur in facto*, elles ſont des formalités intrinſeques, & ſervent à la conſtitution intérieure de l'acte.

Examinons toutes ces différentes formalités dans l'ordre qu'elles ont lors de la confection des actes.

## Formalités et Solemnités

### *Quæ requiruntur ante factum.*

J'appellerai ces formalités antecédentes, parce qu'elles doivent précéder les actes: c'eſt, par exemple, le choix du jour & du lieu, lorſque la Loi défend de contracter un certain jour, comme pourroit être le jour de Pâques; ou en un certain lieu, comme pourroit être une priſon & un cabaret; & à cet égard, il faut ſuivre ce qui eſt obſervé dans le lieu où l'acte a été paſſé. *Conditio loci & temporis perfectionem formæ reſpiciunt, & ideo à regione contractûs pariter diriguntur.* Burgundus, *tract.* 4,

*n.* 8. C'eſt pourquoi, M. Pollet en ſes Arrêts du Parlement de Flandres, *part.* 2, *chap.* 31, dit qu'un habitant de la Ville de Bruges, qui auroit paſſé un contrat à Lille dans un cabaret, ſoutiendroit ſans fondement de n'être pas tenu à l'exécution du contrat, ſous prétexte que par la Coutume de Bruges, les contrats paſſés au cabaret, ne ſont pas valables.

Voici l'eſpece qui m'a paſſé par les mains. Une veuve domiciliée à Paris, envoya le projet d'un exploit à Langres, pour être l'exploit donné & ſignifié à des bourgeois de cette Ville. A Langres on n'y fête pas la S. Michel, qui eſt fêtée à Paris, & l'exploit fut donné à Langres, le 29 Septembre, jour de S. Michel. Le Procureur vouloit renvoyer l'exploit pour en être donné un autre avec déclaration, qu'on n'entendoit pas ſe ſervir du premier. La veuve, qui avoit intérêt d'avancer, vint me conſulter, & ma réſolution fut que l'exploit étoit valable. J'ai trouvé depuis dans le Commentaire de M. le P. Bouhier, *chap.* 33, *n.* 15, un Arrêt du 21 Octobre 1730, du Parlement de Dijon, rendu dans une eſpece ſemblable.

## Formalités

### *Quæ requiruntur in facto.*

J'en diſtingue de deux ſortes : celles qui ſervent à faire la preuve d'un acte & à en aſſurer la vérité, & que j'appelle probantes : tel eſt le nombre des témoins qui doivent aſſiſter à la confection d'un acte, la mention de leur âge, de leur qualité & de leur demeure, la date & la Paroiſſe où l'acte eſt paſſé ; & celles que j'appellerai ſubſtantielles & viſcérales de l'acte.

### *Formalités probantes.*

A l'égard de ces formalités, la maxime eſt que *ſolemnitates teſtimoniales non ſunt in poteſtate contrahentium, ſed in poteſtate juris*, voyez l'Obſervation 42 : l'omiſſion de ces formalités rend l'acte ſuſpect & le vicie, *omiſſi autem ſtyli conſueti, vel ſolemnitatis conſuetæ actum, vel inſtrumentum ſuſpectum & nullius fidei reddit. Mol. conſ.* 31, *n.* 4, & il n'y a pas de difficulté qu'il faut ſuivre celles preſcrites dans le lieu où l'acte ſe paſſe ; c'eſt ce qui réſulte d'une note de Me Denis Godefroy,

ſur la *Nov.* 94, *in Epilogo*, où l'Empereur après avoir preſcrit quelques formalités à obſerver pour la conſervation des biens des mineurs, ajoute, *& aliis qui conſuetè talibus interveniunt.* Sur quoi Godefroy a mis cette note. *Solemnitates ſumendæ ſunt ex conſuetudine loci in quo res & actus geritur;* en ſorte que l'on ne conſidere, en aucune maniere, le domicile des Parties, ſoit qu'elles ſoient majeures, ſoit qu'elles ſoient mineures.

En effet, c'eſt dans le lieu où ſe paſſent les actes, que, pour employer l'expreſſion de Paul de Caſtres, en ſon *Conſ.* 13, ces actes prennent leur être & leur naiſſance. *Statutum afficit actus celebratos in loco ſtatuentium, quia dicuntur ibi oriri & naſci.* C'eſt un enfant citoyen du lieu où il eſt né, & qui doit être vêtu à la maniere du Pays; & parce que, comme dit Philippe Bornier, ſur Ranchin, *verbo Statutum*, art. 1, concl. 134, ces formalités *habilitant contractum ſeu diſpoſitionem.* Elles frappent, pour ainſi dire, ſur le contrat. STRICK. *de principe jura in alieno territorio exercente*, décide la même choſe, & en donne cette raiſon, *mutua illa quæ inter diverſas respublicas intercedit neceſſitudo, non admittit ut quod alibi ex civili etiam ratione juſtum, hîc ..... injuſtum pronuntietur.*

Le Rouillé, ſur la Coutume du Maine, *rub.* 9, *l.* 3, m'en fournit un exemple. Voici la queſtion qu'il propoſe, *an conſuetudo vel Statutum porrigat vires extra territorium?* & il donne, d'après pluſieurs Auteurs, trois Regles.

1ª. *Quod locus facti contracti attenditur, quando Statutum, vel conſuetudo reſpicit ipſius contractûs ſolemnitatem.* Voici l'application qu'il fait de cette premiere Regle. *Fuit nuper factum Statutum in Ducatu Aliconienſi, per quod prohibetur Tabellionibus ne de cætero conficiant inſtrumenta aut contractus, ubi non ſit expreſſè ac ſpecificè declaratus locus & Parochia ubi factus eſt. Quod ſi contra factum fuerit, contractus erit nullus & nullius valoris: modo forenſes nonnulli, puta ex Britannia, vel Andegavia exiſtentes in eodem Ducatu faciunt aliquod pactum, vel contractum coram Tabellionibus Alenconicis, qui Tabelliones omittunt formam à Statuto datam. Quæritur an valeat talis contractus ex eo etiam quod in eorum patria talis forma non eſt data, & videtur breviter ſciendum quod non valeat, & eſt talis contractus invalidus, non ſolum in Alenconio ubi viget Statutum tale, verum etiam alibi.*

Quand pour l'atteſtation d'un acte, la Loi exige la préſence de quelque perſonne publique, comme d'un Notaire, d'un Juge, cette perſonne publique fait partie de la ſolemnité, elle eſt elle-même ſolemnité. *Tali caſu perſona ſolemniſata ſe habet tanquam forma ad actum. Perſona eſt de forma & conſideratur ut forma ;* de ſorte que ſi la perſonne publique dans un lieu, inſtrumentoit ailleurs, l'acte manqueroit de ſa formalité, la perſonne ne pouvant plus être regardée *tanquam ſolemniſata.*

Ainſi c'eſt par rapport à ces formalités que la maxime de Ménochius & de Maſcardus a lieu. *Quoties Statutum inhabilitat reſpectu ſolemnitatis, hoc in caſu Statutum non comprehendit civem conficientem teſtamentum extra territorium ;* & celle de Gabriel, *forenſis contrahens tenetur ſervare, maximè quoad ſolemnitatem, Statutum loci in quo contractus perficitur.*

En 1740 il s'éleva une conteſtation au ſujet de la validité des ſolemnités d'un mariage contracté en Angleterre.

Ce mariage étoit entre un François qui avoit quitté la France à l'âge de douze ans, & s'étoit établi en Angleterre, & une fille née en Angleterre, de pere & mere François, & qui s'y étoient pareillement établis. Ils étoient tous deux majeurs, tous deux Catholiques, tous deux domiciliés en Angleterre, d'un domicile ancien.

Ce mariage ſe trouvoit inſcrit ſur les Regiſtres de la Paroiſſe de Sainte-Marie-Madelaine de Londres, ſouſcrit ſeulement d'un Miniſtre Proteſtant & du Clerc de la Paroiſſe.

De ce mariage étoient nés pluſieurs enfants. La mere étoit venue en France, & depuis étoit accouchée d'une fille qui avoit été mariée en France.

On conteſtoit l'état de cette fille, en attaquant le mariage de ſes pere & mere.

Mariage, diſoit-on, contracté par un Miniſtre Proteſtant, ſans publication de bans, hors la préſence du propre Curé, & ſans un nombre ſuffiſant de témoins requis par le Concile de Trente.

La validité du mariage fut conſultée à nos anciens, qui déciderent qu'il étoit valable.

Ils obſerverent que ce mariage, enviſagé par les Loix d'Angleterre, étoit revêtu de toutes ſes formalités.

Le Miniſtre Proteſtant, en Angleterre, tient uniquement lieu d'un Officier public, ou d'un témoin public requis par les

Loix du Pays, afin de rendre le mariage ſolemnel & conſtant. La Liturgie d'Angleterre fait foi que le Miniſtre n'eſt qu'un témoin, *cùm in ſponſalia conſenſerint, idque teſtati ſunt coram Deo & hoc cœtu, atque eam in rem fidem invicem dederint, pronuntio ego eos eſſe virum & uxorem conjunctos.*

Delà ils en concluent que le mariage étant du Droit civil de chaque Nation, par rapport aux formalités & aux conditions que la Loi de chaque Pays exige, il eſt bon & valable dans tout autre, dès qu'il a été une fois valablement contracté dans un Pays; & ils renvoient aux Conférences Eccléſiaſtiques de Paris, ſur le Mariage, *tom.* 3 *de l'édition de* 1735, *liv.* 4, *conférence* 1re. §. 6 & 8; & au *tom.* 1er. *pag.* 301 & 312; & à Brodeau, ſur M. Louet, *Lettre M.* 6, *n.* 19, & cela eſt conforme au Concile de Trente, *can.* 21, *ſeſſ.* 24 *de reform. matrim.*

On trouve au tome premier du Journal des Audiences, *liv.* 1, *chap.* 24, un Arrêt qui mérite quelques réflexions. Un jeune homme de Paris y avoit ſes pere & mere; (l'Arrêtiſte ne dit pas s'il étoit mineur, mais il le donne à entendre par la procédure de rapt dont il parle): ce jeune homme ſe refugie pour quelques mauvaiſes affaires, en Lorraine; il y contracte mariage, ſuivant les formalités du Concile de Trente, obſervé en Lorraine.

Environ ſept ſemaines après, la femme étant enceinte, la mere du jeune homme ſe tranſporta en Lorraine, & perſuada à ſon fils de quitter ſa femme, & de s'en revenir en France; ce qu'il fit effectivement.

La femme vient à Paris, & fait ſommer ſon mari de retourner avec elle. Les pere & mere forment une demande en rapt, contre la fille, & la font conſtituer priſonniere, & il intervient Sentence au Châtelet, au Criminel, qui la déclare atteinte & convaincue du crime de rapt, lui fait défenſes d'habiter avec le jeune homme.

*Appel.* La femme diſoit que ſon mariage avoit été valablement contracté, ſuivant toutes les formalités obſervées en Lorraine, où le conſentement des pere & mere n'eſt pas requis.

Arrêt du 26 Mars 1624, qui infirme la Sentence, & met hors de Cour ſur l'accuſation de rapt.

Il étoit aſſez difficile qu'on ſtatuât ſur la validité du mariage; il n'y avoit point d'appel comme d'abus.

Mais s'il y en avoit eu, je doute fort qu'on n'eût pas déclaré le mariage abuſivement contracté, ſuppoſé que le jeune homme fût mineur : car la minorité, dans nos mœurs, rend le mineur incapable de contracter mariage ſans le conſentement de ſes pere & mere, ou de ſon tuteur. Cette incapacité affecte le mineur, & elle ſe prend du domicile. Le jeune homme, que nous ſuppoſons mineur, ne pouvoit avoir d'autre domicile que celui de ſes pere & mere ; ç'auroit donc été par la Loi de France, qu'il eût fallu décider la queſtion ; & par les Loix du Royaume, le mariage étoit abuſif audit cas de minorité. Il ne faut pas croire qu'un mineur puiſſe ainſi ſe ſouſtraire à l'autorité de ſes pere & mere, en allant dans un Pays étranger, pour contracter un mariage contre leur gré & leur conſentement.

Le Scholiaſte de M. François Perrier a eſtimé que les Loix qui régloient les formalités des actes, c'eſt-à-dire, que les ſolemnités ſervant à l'authenticité des actes, devoient être regardées comme réelles, parce qu'elles affectent & lient les perſonnes qui exiſtent dans le lieu. M. le P. Bouhier, *chap.* 28, *n.* 4 & 5, eſtime que cette raiſon devoit préciſément déterminer l'Auteur, à l'opinion oppoſée ; c'eſt-à-dire, à ſoutenir la perſonnalité de ces Loix : ces termes *affectent & lient les perſonnes*, ſont l'occaſion de cette critique. Auſſi ce Magiſtrat prétend-il que les Loix ſervant à l'authenticité des actes, qu'il appelle formalités extrinſeques, doivent être regardées comme perſonnelles, *ch.* 23, *n.* 81, & cet avis lui eſt commun avec Meſtertius & pluſieurs autres.

Si nous conſultons Burgundus ſur cette queſtion, *tract.* 1, *n.* 21, il combat la perſonnalité de ces Statuts. *Si Statutum reſpicit ſolemnitatem, à Statuto perſonali procedere non poteſt, quia perſonæ ſtatum non diſcutit, hoc eſt non afficit perſonam aliquo genere incapacitatis*, & je ne vois pas pourquoi on ne regarderoit pas ces formalités comme réelles, & pourquoi, au contraire, on les regarderoit comme perſonnelles.

Je ne connois de Statuts perſonnels que ceux qui affectent les perſonnes, & impriment en elles quelque qualité qui regarde la perſonne ; mais dès-lors il faut dire que ces formalités ſervant à l'authenticite des actes, ſont réelles, par la raiſon alléguée par Burgundus, *loc. cit.* que les actes ſolemnels, *omnino ſortiuntur eſſentiam, ſecundùm Leges regionis in qua celebrantur.*

Or,

Or, ſi les actes prennent leur être ou leur eſſence de la Loi du lieu où on les paſſe, ils appartiennent à cette Loi : ce ſont les enfants de la Loi, elle leur a donné l'être & la vie ; les contrats ſont la choſe du lieu, les formalités ſont attachées au contrat, elles affectent la choſe & non la perſonne, elles ſont donc réelles.

C'eſt pourquoi la raiſon du Scholiaſte bien rendue & bien entendue me paroît vraie. Les Loix qui reglent les formalités, lient les perſonnes qui exiſtent dans le lieu & qui y contractent ; mais ce n'eſt pas en affectant la perſonne ſortie du lieu, elle n'eſt plus liée à ces formalités, elle ne l'eſt que pour le moment du contrat, & en tant qu'elle contracte dans le lieu en ce moment. Or, c'eſt préciſément parce que la perſonne n'eſt pas liée dans ſon état perſonnel ; mais uniquement, parce qu'elle contracte dans le lieu, que la diſpoſition de la Loi eſt réelle, affectant en ce cas plutôt le contrat que la perſonne.

Ainſi l'on peut bien dire que les Loix qui reglent les formalités ſont réelles, parce qu'encore qu'elles lient les perſonnes, elles ne les lient qu'en ce qu'elles les aſſujettiſſent à obſerver certaines formalités pour la validité du contrat ſeulement, & qu'elles les lient ſans diſpoſer de leur état & de leur condition.

C'eſt ainſi que les Statuts qui reglent les meubles me paroiſſent devoir être plutôt dits réels que perſonnels, parce qu'il n'y a dans ces Statuts rien qui dirige la perſonne, qui l'affecte & agiſſe ſur elle.

Il eſt vrai que les meubles ſuivent la Loi du domicile de la perſonne ; mais comme choſe qui ont effectivement leur aſſiette dans ce lieu.

La raiſon du Scholiaſte de M. François Perrier, peut être admiſe, & ſera, ſelon moi, excellente, en retranchant le mot *affectent*, & en ſe contentant de dire que les Loix qui reglent les formalités, ſont réelles, en ce qu'elles lient les perſonnes qui exiſtent dans le lieu, & qui y contractent.

Le mot *affectent* pourroit même reſter, en y ajoutant quelque terme, qui marquât une eſpece d'impropriation ; c'eſt ainſi que M. d'Argentré a dit quelque part : *Quædam, ut ita dicam, afficientia*, & que Voët s'eſt ſervi du même terme, en parlant des formalités même qu'il croit mixtes : *Suo modo afficiunt omnes perſonas in loco ſtatuentis aliquid agentes, &*

*suo modo res ubicumque locorum sitas; licèt proprie loquendo, solemnitas adhibenda vel ex parte rei, vel personæ, potius sit aliquod adjunctum, quàm ut afficiat, vel rem vel personam*, sect. 4, cap. 2, n. 3, *in fine.*

M. le P. Bouhier remarque que l'effet des Statuts qui reglent les formalités, est de s'étendre par-tout; d'où il conclut que ces Statuts sont personnels; il faut donc qu'il personnifie l'être des contrats: cependant ce n'est pas la maniere ordinaire de parler. Les contrats sont des êtres, mais non pas des personnes; ainsi les Statuts qui reglent les formalités des contrats, ne reglent pas des personnes. Il est vrai que M. le P. Bouhier ajoute que cette personnalité doit s'envisager de la part des officiers de qui elles dépendent; ce sont eux & leur devoir qu'elles regardent, & c'est par rapport à eux que ces Statuts sont personnels; mais en le prenant dans ce sens, tous les Statuts les plus réels qui exigent le ministere de l'homme, vont être des Statuts personnels, parce que ces Statuts commandent à tous ceux qui passent un acte, de suivre & d'observer quelques formalités; cependant nous supposons que ces Statuts sont réels: ainsi si l'effet de ces Statuts est de s'étendre partout, ce n'est pas à cause de la personnalité, mais par une raison publique, pour le bien général de toutes les Nations.

*Formalités & solemnités substantielles & intrinseques.*

Quant aux formalités substantielles, que j'appellerai encore intrinseques & viscérales, ce sont celles *quæ dant esse contractui ex se ipsis, & absolute, & sunt veluti forma essentialis ex qua inesse contractui producitur, productus conservatur, quâ formâ destructâ jam contractus vitâ deffunctus est. Zazius, quæst. Jur. singul.* Tels sont le consentement des parties contractantes requis dans tous les contrats, la chose & le prix de la chose dans le contrat de vente, la tradition de la chose en poids, nombre & mesure dans certains prêts, la tradition dans une donation entre vifs de la part du donateur, & l'acceptation de la part du donataire.

Entre ces formalités intrinseques, j'en remarque qui sont de Droit ordinaire & commun, & d'autres qui ne sont érigées que dans certains endroits.

J'appelle les premieres, des formalités intrinseques de Droit

commun, puiſqu'elles ſont requiſes de Droit général & univerſel, & ces formalités *naturam actûs neceſſariò & immutabiliter amplectuntur.*

Et j'appelle les ſecondes des formalités intrinſeques locales, ou, ſi l'on veut, je les appellerai *naturalia contractuum*, parce qu'elles ne ſont pas eſſentielles, ſelon le Droit général & commun, & que ſans elles, l'acte, de Droit commun, pourroit ſubſiſter : c'eſt pourquoi Balde, *in L. prolatam. cod. de Sententiis*, dit que ces ſortes de formalités qui ne ſont pas immuables de leur nature, mais qui peuvent varier, n'appartiennent pas *ad ſubſtantiam actuum, ſed ad qualitates.*

Les formalités qui ſont intrinſeques & de Droit commun, regardent les actes qui ſont d'uſage général & néceſſaire dans toutes les Nations, comme les échanges, les ventes, les prêts; raiſon pour laquelle ces formalités ſont aſſez les mêmes partout, parce qu'elles ſont priſes de la ſubſtance naturellement conſtitutive des actes, & c'eſt le Droit Romain qui nous a développé & fait connoître la véritable nature de ces actes, & les véritables principes qui les dirigent & qui les reglent.

Que ſi quelque Nation admet en outre pour ces actes d'autres formalités intrinſeques, ce ſont préciſément ces formalités que j'appelle intrinſeques locales.

Comme toutes ces formalités *quæ requiruntur in facto*, contribuent à former l'acte en lui-même, & à lui donner l'être & l'exiſtence, je ne vois pas que l'on puiſſe ſuivre, par rapport à ces formalités, d'autres Loix que celles du lieu du contrat, ſi ce n'eſt que ces formalités ſoient attachées à des choſes réelles, dont il s'agit entre les parties.

Je dis, ſi ce n'eſt que ces formalités ſoient attachées aux choſes, & requiſes pour les choſes qui ont une ſituation réelle, auquel cas il faut ſuivre la Loi de la ſituation, & je puis appliquer à ces formalités, ce que dit Meſtertius par rapport aux ſolemnités, *de Statut. quæſt. an actus inſtitutus ſecundùm ſolemnitatem loci, &c.*

Cet Auteur, après avoir dit que le Statut *quod circa ſolemnitatem alicujus actûs verſatur, perſonale eſt* : ( c'eſt un ſentiment qui lui eſt particulier avec quelques autres ; ) il y met cette exception : *Si tamen ex lege loci, ubi res ſitæ ſunt, diſpoſitionis ſolemnitas tanquam qualitas quædam rebus impreſſa conſideretur*, au premier cas, il faut les accomplir, comme le lieu du contrat

le requiert; mais ſi elles ſont attachées aux choſes, *tanquam qualitas quædam rebus impreſſa*, il faut les accomplir telles qu'elles ſont requiſes dans le lieu de la ſituation des biens, & je trouve encore cette diſtinction écrite dans Burgundus, *tractatu* 4, *n.* 27, *& tract.* 6, *n.* 22; mais il faut prendre garde à l'uſage que ces Auteurs en font: car j'ai obſervé, *ch.* 3, que Burgundus & nos Auteurs Allemands & Flamands donnent preſque tout à la réalité, dès qu'il y a, dans un Statut, un mêlange de biens, & ils ne conſiderent l'état de la perſonne, que par rapport aux actes purs perſonnels.

Mais je trouve une application juſte de ces formalités *quæ ſunt qualitates rebus impreſſæ*, dans les demandes en retrait lignager, où il faut néceſſairement ſuivre celles du lieu où la choſe eſt ſituée. Je mets au nombre de ces formalités attachées aux choſes, celles, par exemple, requiſes pour les criées, dans les décrets, qui doivent être faites ſelon la Coutume des lieux de la ſituation, & certifiées bonnes & valables par le Juge Royal, ou Haut-Juſticier ayant, tant en Officiers, que Praticiens, dix perſonnes. Voyez la Pratique d'Imbert, *liv.* 1, *ch.* 60, *n°.* 7 *&* 9, & les Traités de Bruneau & d'Héricourt, ſur les criées & les ventes des immeubles.

Je mets, dans le même rang, les formalités requiſes par *l'article* 1*er. du titre* 13 de la Coutume de Cambrai. *Nul ne peut, par teſtament, diſpoſer de ſes héritages*, porte cet Article, ſi ce n'eſt en faiſant les devoirs duement, pardevant Loi du lieu, ou des lieux eſquels les héritages ſont ſitués.

On prétend qu'en Bretagne, & cette prétention eſt fondée dans l'eſprit de cette Coutume, & comme une ſuite de toutes ſes diſpoſitions, que les ſubſtitutions n'y ont pas lieu, ſi elles ne ſont revêtues de Lettres-Patentes, portant dérogation à la Coutume.

Or, cette formalité de Lettres-Patentes, qui procure l'exécution des ſubſtitutions, eſt inconteſtablement une formalité attachée aux choſes, c'eſt-à-dire, aux biens ſitués en Bretagne; mais hors ces cas de formalités attachées aux choſes réelles, je dis qu'il faut communément ſuivre la Loi du lieu où ſe paſſe le contrat.

Toutes les formalités intrinſeques doivent être concomitantes; c'eſt-à-dire, doivent ſe trouver réunies enſemble, & juſqu'à cette réunion & concomitance, ou il n'y a pas d'acte, ou

il n'a pas toujours ſon effet. C'eſt pourquoi la Loi exigeant que la donation ſoit acceptée, & qu'il y ait tradition, il n'y a pas de donation tant qu'il n'y a pas de tradition & d'acceptation, & ce n'eſt que du jour que ces formalités concourent enſemble, que la donation exiſte ſans aucun effet rétroactif; d'où vient que ſi dans l'intervalle de l'acte de la donation à la tradition, ou à l'acceptation, le donateur conſtitue hypotheque ſur ſes biens; l'hypotheque ſubſiſtera au préjudice du donataire: on ne peut pas même regarder cette hypotheque comme intermédiaire, étant vrai de dire qu'elle eſt antérieure à la donation, qui n'eſt vraiment donation, qu'autant qu'elle eſt acceptée & accompagnée de tradition; ces deux choſes étant de la ſubſtance conſtitutive de la donation. Lebrun, de la Communauté, *liv.* 3, *ch.* 3, *ſect.* 3, *diſt.* 1, *n.* 20. V. Ar. 3 de l'Ordonnance des Donations de 1731.

A l'occaſion de la tradition en fait de donation, on a jugé par Arrêt de la Grand'Chambre, du 27 Juin 1737, plaidants Meſſieurs Gueau de Reverſeaux & Meſnard, que des pere & mere ayant porté à l'Hôtel-de-Ville des deniers dont ils avoient conſtitué des rentes viageres ſur la tête de leurs enfants, ces conſtitutions valoient tradition, & que ces enfants renonçant à la ſucceſſion, étoient en droit de retenir, chacun, la rente conſtituée ſur leur tête.

Dans la Coutume d'Artois, il faut les Œuvres de la Loi pour acquérir une propriété libre, publique & irrévocable: ces formalités appariennent aux choſes, & il faut les remplir ſuivant la Loi de la ſituation, de maniere que ſi l'aliénant, ou ſes héritiers, dit Me Maillart, *art.* 71, *n.* 62 *de l'ancienne édition*, *& 68 de la nouvelle*, alienent l'héritage à un autre, avant que l'acquéreur en ait été revêtu par les Œuvres de la Loi, ce premier acquéreur, qui, par le contrat d'aliénation, n'avoit qu'un droit perſonnel, c'eſt-à-dire, *jus ad rem*, ſera exclus de cet héritage par l'acquéreur poſtérieur qui en aura été revêtu le premier par ces Œuvres de la Loi, & qui par ce moyen aura acquis un droit réel, *Jus in re.*

Le veſt, ou le deveſt, ou autres certaines Œuvres de la Loi, ſont de l'aveu de tout le monde, de néceſſité indiſpenſable dans la Coutume d'Artois, pour acquérir hypotheque ſur les biens qui y ſont ſitués, en quelque endroit que le contrat puiſſe ſe paſſer, & je ne ſais pas pourquoi M. Froland, *ch.* 21 *de ſes*

*Statuts*, *pag.* 1043, dit qu'il n'eſt pas bien certain que le créancier ait beſoin de nantiſſement, quand le débiteur, dont la terre eſt en Pays de nantiſſement, a ſon domicile dans une Coutume, qui, pour donner hypotheque, ne le requiert pas, & quand il contracte dans l'étendue de cette Coutume, & qu'il y en a qui prétendent qu'il ſuffit en pareil cas d'obſerver les formalités preſcrites par la Coutume du lieu où les contrats ſont faits. Je n'ai jamais vu, à mon égard, la maxime révoquée en doute. M. Froland, pour appuyer ſon dire, renvoie à l'article 133 du Réglement général fait au Parlement de Rouen en 1666, qui porte que les contrats paſſés hors de Normandie, ont hypotheque ſur les immeubles ſitués en cette Coutume, encore bien qu'ils n'aient pas été contrôlés ; mais il n'y a de ce Réglement aucune conſéquence à tirer pour le veſt & le deveſt requis dans la Coutume d'Artois.

Le contrôle eſt une formalité qui appartient au contrat & non aux choſes, comme nous l'allons dire dans un moment ; au contraire, le veſt & le deveſt appartiennent à la choſe même dont on veut acquérir la propriété.

Je trouve ſur *l'art.* 278 *de la Coutume d'Orléans*, une Note de M^e. Ch. du Molin, qui fortifie ce que nous venons de dire. Cet Article porte que ſaiſine & deſſaiſine faite en préſence de Notaires de la choſe aliénée, valent & équipollent à tradition de fait & poſſeſſion priſe de la choſe aliénée au profit de celui à qui l'aliénation a été faite : voici la Note de M^e Ch. du Molin : *Dummodo ſit facta ſub hoc territorio, ſecus ſi facta ſit Pariſiis, de terris ſitis Aureliis.*

Pour l'explication de cette Note je remarquerai d'abord qu'il me paroît que ces termes *facta ſub hoc territorio*, comme ceux-ci *facta Pariſiis*, ſe réferent également à ceux *de terris ſitis Aureliis ;* en ſorte que M^e Ch. du Molin n'entend parler que de biens aliénés ſitués à Orléans, mais qui peuvent être vendus à Orléans, & qui peuvent l'être à Paris.

J'obſerverai, en ſecond lieu, qu'au temps qu'écrivoit M^e Ch. du Molin, il y avoit, comme aujourd'hui, deux ſortes de Coutumes : les unes, où il ſuffiſoit d'une poſſeſſion fictive & ſymbolique ; & les autres, où il falloit une poſſeſſion réelle & corporelle, ou du moins une dépoſſeſſion pardevant les Notaires de la ſituation du bien aliéné.

*His poſitis.* M^e Ch. du Molin eſtimant qu'un bien d'Orléans

étant vendu à Paris, la ſimple deſſaiſine faite pardevant les Notaires de Paris, ne ſuffiroit pas; il faut en conclure que la formalité de la deſſaiſine étoit regardée par Me Ch. du Molin, comme formalité réelle attachée à la choſe, & non comme formalité attachée au contrat.

S'il étoit queſtion de la formalité du contrôle néceſſaire en Normandie, il faudroit en raiſonner autrement; mais dans le cas de la deſſaiſine réelle, ou de celle faite pardevant les Notaires de la ſituation, néceſſaire à Orléans, pour équipoller à tradition de fait & poſſeſſion priſe de la choſe vendue, cette formalité eſt toute réelle & attachée à la choſe; en ſorte qu'à Orléans la deſſaiſine devant être faite pardevant les Notaires de la choſe aliénée, la vente paſſée pardevant les Notaires d'un autre Bailliage, n'emporte pas deſſaiſine pour les biens ſitués à Orléans.

Me Ch. du Molin en convient encore ſur *l'art.* 1*er. du chap.* 13 de la Coutume d'Auvergne, qui porte que tous pactes & convenances de ſuccéder, ſaiſiſſent les contractants ou leurs deſcendants; ſur quoi Me Ch. du Molin a mis cette note SAISISSENT, *Scilicet de prædiis ſitis ſub hac conſuetudine, & non extra ejus territorium, valet quidem pactio ubique, ſed tranſlatio poſſeſſionis quæ fit in vim conſuetudinis, non valet niſi intra ejus territorium.*

Je trouve dans le Recueil de Juriſprudence de Me Guy du Rouſſeau de Lacombe, de l'édition de 1746, *verbo* donation *pag.* 214, un Arrêt qui autoriſe ce ſentiment. Le 18 Mai 1741, donation avec réſerve d'uſufruit, par la Préſidente de Chailly, à Madame d'Ormeſſon, du tiers de la terre d'Achy, ſituée en trois différentes Coutumes, Senlis, Clermont & Amiens. Sentence du Châtelet par défaut du 28 Mars 1743, qui annulle la donation; ſur l'appel, la Dame d'Achy, tutrice de ſon fils héritier de la donatrice, conſentit la validité de la donation de la partie ſituée Coutume d'Amiens, à cauſe qu'elle ne prononce pas la nullité, faute de ſaiſine, comme celle de Senlis & Clermont. Arrêt du Lundi 22 Juillet 1743, qui a confirmé la Sentence, quant aux parties de la terre, ſituées dans les Coutumes de Senlis & Clermont, ſur les concluſions de M. Joly de Fleury, Avocat-Général, plaidant M. de Lamonnoye, pour M. & Mde. d'Ormeſſon, appellant, & M. Doutremont, pour la Marquiſe d'Achy.

Dans la Coutume de Rheims, *art.* 136, pour acquérir droit de propiété & poſſeſſion des Fiefs vendus ou donnés, &c. eſt requis que les vendeurs & donataires, &c. ſe démettent & deſſaiſiſſent ès mains des Seigneurs dont ſont tenus leſdits Fiefs, ou de leurs Baillis & Officiers, & que les acheteurs, &c. ſoient reçus en foi & hommage par iceux Seigneurs, Baillis, ou Officiers, & en ſoient mis en poſſeſſion.

Par *l'art.* 165, ſaiſine ou veſt eſt un acte ſolemnel fait par le Seigneur foncier, ou ſa Juſtice, par la tradition d'un petit bâton, &c. par laquelle ledit acquéreur acquiert droit de propriété & poſſeſſion en l'héritage par lui acquis, pourvu qu'il ſe ſoit préalablement dévêtu dudit héritage, au profit d'icelui acheteur & non autrement.

Il paroît par ces deux articles que dans cette Coutume, pour acquérir propriété & poſſeſſion d'un héritage, il faut, ſi c'eſt un Fief, qu'il y ait de la part du vaſſal, démiſſion de foi, & de la part de l'acquéreur, réception en foi & hommage, & que ſi, au contraire, ce n'eſt qu'une roture, il faut que le vendeur ſe ſoit deſſaiſi, & que le nouvel acquéreur ait été enſaiſiné, & ces formalités de démiſſion de foi & réception en foi d'une part, & la ſaiſine & la deſſaiſine, en fait de roture, concourent enſemble, & ſoient littéralement accomplies; en ſorte qu'une réception en foi, ſans démiſſion préalable, une ſaiſine ſans deſſaiſine préalable, ſeroient abſolument inutiles & inſuffiſantes pour acquérir propriété & poſſeſſion d'un héritage; mais il a été jugé dans l'eſpece qui va être rapportée, qu'encore que la démiſſion de foi de la part d'un donateur ne parût point, mais bien la réception en foi & hommage du donataire, l'accompliſſement de l'un étoit une preuve de l'accompliſſement de l'autre; pareillement que l'enſaiſiſſement d'un donataire de roture, faiſoit preuve qu'il y avoit un deveſt de la part du donateur; voici l'eſpece.

Le 20 Mars 1677, Philippe de Beſanne fit une donation à Regnaud ſon couſin, de la terre de Teſſi, partie en fief, partie en roture, ſiſe dans la Coutume de Rheims.

Cette donation étoit faite à la charge de ſubſtitution aux enfants des deſcendants mâles dudit Regnaud, tant que ſubſtitution peut durer & avoir lieu, ſuivant les Ordonnances, ſous la réſerve néanmoins d'uſufruit au profit du donateur.

A défaut de mâles, à Guillaume de Beſanne, Seigneur de Prouvrai, & à ſes deſcendants mâles.

A défaut dudit Guillaume, à Louis de Beſanne, Seigneur de Guignicourt, & à ſes deſcendants mâles.

Et à défaut de tous mâles, aux deſcendants d'Anne-Eléonore de Beſanne ſa ſœur, femme de Céſar de Fougeres.

Regnaud donataire ſe préſente au Seigneur, exhibe la donation, & eſt reçu en foi & hommage; & quant aux rotures, il eſt enſaiſiné par le Bailli, ſur une procuration qu'il envoya.

Ce Regnaud donataire eſt décédé le 1 Octobre 1693, & a laiſſé un fils, nommé Joſeph-François.

Philippe donateur eſt décédé le 17 Décembre ſuivant.

Joſeph-François s'eſt mis en poſſeſſion de la terre, en vertu de la ſubſtitution.

Il eſt décédé, & a laiſſé un fils, nommé François-Côme, lequel a joui en exécution de la ſubſtitution, & eſt décédé ſans enfants.

Après ſa mort, Thomas-Céſar de Fougeres, Chevalier, Seigneur d'Anre, réclame la ſubſtitution, prétendant que les dégrés n'avoient pas été remplis, & que la ſubſtitution duroit encore, Regnaud n'ayant jamais fait acte d'inſtitué.

Dans cette eſpece on ſoutenoit, que ne paroiſſant point de démiſſion de foi de la part de Philippe, ni de deveſt, jamais Regnaud, quoique reçu en foi & hommage & enſaiſiné, n'avoit pu être regardé comme propriétaire, que par conſéquent il n'avoit point fait dégré, & que l'inſtitution n'avoit point été remplie; au moyen de quoi la ſubſtitution ſubſiſtoit encore dans la perſonne de l'arriere-petit-fils de Regnaud, faute de démiſſion de foi & de deveſt de la part de Philippe, qui par ce défaut avoit toujours été propriétaire & poſſeſſeur des héritages en queſtion.

On répondoit que Regnaud ayant été reçu en foi & hommage, c'étoit une preuve qu'il y avoit eu démiſſion de foi; qu'ayant été enſaiſiné, c'étoit une preuve qu'il y avoit eu un deveſt; que par conſéquent l'inſtitution & le dégré de ſubſtitution, avoient été remplis : ainſi jugé par Arrêt du 5 Juillet 1762, plaidant M. Savin, pour le ſieur de Fougeres, & M. le Gouvé, pour les héritiers.

J'obſerverai à cette occaſion que la Coutume de Vermandois eſt une Coutume de veſt & de deveſt, quant aux dona-

tions ſimples, & que dans les éditions de cette Coutume, il s'eſt gliſſé une erreur en *l'art.* 172, où on lit, *réſervés toutefois les Fiefs donnés en mariage & avancement d'hoirie, par celui auquel*, &c. ce qui ne renferme que deux cas, le mariage & l'avancement d'hoirie; & il faut lire, comme il eſt écrit ſur la minute qui eſt au Greffe, *réſervés toutefois les Fiefs donnés en mariage, avancement d'hoirie, ou par ceux auxquels*, &c. pour contenir trois cas.

Je ne puis finir cet article, ſans faire honneur à la mémoire de M^e du Rouſſeau de Lacombe: c'étoit un grand travailleur, une tête excellente & bien remplie, & un homme d'une probité à toute épreuve; il étoit de mes premieres connoiſſances au Palais, & je m'en ſuis fait un ami particulier; il eſt mort âge d'homme, mais trop tôt encore pour le Public & pour ſa famille.

## Solemnités.

Nous avons ci-devant donné la définition des ſolemnités, & nous en avons diſtingué de deux ſortes. Solemnités intrinſeques, & ſolemnités extrinſeques.

Mais il paroît néceſſaire de ſubdiviſer encore les ſolemnités intrinſeques, & d'en admettre de deux ſortes: ſolemnités qui ont lieu dans preſque toutes les nations comme un Droit commun, ou qui n'étant pas admiſes par-tout, le ſont néanmoins dans certains lieux comme Loi générale, pour tous les actes de commerce & de la ſociété civile, & en d'autres ne le ſont que pour des actes particuliers.

Quant aux ſolemnités intrinſeques qui ſont de Droit commun, ou qui le ſont du moins dans un lieu pour le général des actes du commerce & de la ſociété, j'eſtime qu'il faut ſuivre les Loix admiſes dans le lieu où les actes & contrats ſont paſſés; ce ſont en effet de véritables ſolemnités ſervant à la preuve, à l'authenticité, à la vérité des actes, & à former le lien qui oblige les contractants: voyez ſur cela les regles premiere & deuxieme de la Diſſertation 46, ſur la Loi qui régit les contrats.

Quant aux ſolemnités intrinſeques admiſes ſeulement pour certains actes dans un lieu, j'eſtime qu'il eſt aſſez difficile de donner des regles certaines, qui puiſſent avoir une application raiſonnable, & elles paroiſſent devoir dépendre des différentes circonſtances, pour ne pas bleſſer l'équité & la Juſtice: en voici des exemples.

De Droit commun toute ſociété eſt réſolue par la mort de l'aſſocié, *morte ſocii ſolvitur omnis ſocietas*, & cela s'obſerve ainſi dans la Coutume de Bourgogne, pour le cas de la diſſolution de communauté entre conjoints; mais le général de nos Coutumes exige pour ce même cas plus ou moins de ſolemnités. La Coutume de Paris, en *l'art.* 240, exige du ſurvivant, lorſqu'il y a des enfants mineurs, non-ſeulement qu'il faſſe un inventaire; mais outre les formalités ordinaires & atteſtatoires, elle requiert que cet inventaire ſoit fait avec perſonne capable & légitime contradicteur, & qu'il ſoit clos dans un certain temps marqué en *l'art.* 241. Quantité d'autres Coutumes n'exigent pas de pareilles formalités; il ſuffit dans les unes de quelques actes de partage, & dans les autres il faut un ſimple inventaire, ce qui eſt néceſſaire même dans les Coutumes muettes, ſuivant l'Arrêt de réglement rapporté par Dufreſne ſur Amiens, *art.* 207, *n.* 5.

Nous avons ſur cela un acte de notoriété de la Sénéchauſſée de Ponthieu à Abbeville, du 7 Mai 1704, confirmé par Arrêt rendu en la Grand'Chambre, au rapport de M. Robert, le 27 Août ſuivant, qui atteſte que dans cette Coutume il n'eſt pas néceſſaire pour la confection d'un inventaire, lorſqu'il y a des mineurs, d'appeller des curateurs, ni même le Procureur du Roi. On trouvera cet acte dans les Pieces juſtificatives, ſur cette Diſſertation.

Quand le lieu du mariage où les conjoints ont continué de demeurer, & où l'un d'eux vient à décéder, preſcrit certaines ſolemnités pour la diſſolution de la communauté, il n'y a pas de difficulté qu'il faut les remplir; encore que les biens fuſſent ſitués dans différentes Coutumes qui exigeroient d'autres ſolemnités, parce que la communauté eſt une en ſoi; que ſa durée ne peut être aſſujettie à autant de formalités, qu'il y auroit de Coutumes différentes où les conjoints auroient acquis, & que le chef-lieu de la communauté, celui qui la régit & qui la regle, eſt inconteſtablement le lieu où les conjoints ont contracté mariage & ont toujours demeuré.

Mais quand les conjoints ont depuis leur mariage changé de domicile, & que leur domicile actuel exige d'autres ſolemnités que celles du domicile matrimonial, laquelle faudra-t-il ſuivre? Cette queſtion paroît avoir été jugée différemment par deux Arrêts : on peut voir M. Froland dans ſes Mémoires, ſur

les Statuts, *chap.* 5, *page* 408, où, après avoir développé les différentes eſpeces jugées par ces Arrêts, il remarque que dans les Conférences tenues dans la Bibliotheque léguée par feu M. de Riparfonds, à l'ordre des Avocats du Parlement de Paris, la queſtion ayant été propoſée, il s'éleva trois avis.

Le premier fut que la communauté contractée ſuivant une Coutume, ne pouvoit plus ſe diſſoudre que de la maniere, & avec les formalités preſcrites par cette même Coutume, & on appuyoit ce ſentiment ſur l'Arrêt de Turgot, qui eſt un des deux Arrêts rapportés par M. Froland.

Les autres crurent qu'il falloit diſtinguer deux cas: l'un, quand la Coutume ſous laquelle les conjoints avoient transféré leur domicile, preſcrivoit elle-même une forme pour diſſoudre la communauté; & l'autre, quand elle n'en preſcrivoit point, ſoit qu'elle n'admît point la communauté, ſoit que du moins elle n'en admît pas la continuation, après le décès de l'un des conjoints.

Dans le premier cas, ils vouloient qu'on ſe tînt à la regle générale, ſelon laquelle un acte eſt valable & ſolemnel, quand il eſt revêtu des ſolemnités qui s'obſervent au lieu où il a été paſſé; & dans le ſecond cas, ils eſtimoient, au contraire, qu'il falloit néceſſairement garder les formalités preſcrites par la Coutume où la Communauté avoit été contractée.

A l'égard du troiſieme avis, il conſiſta à dire qu'il falloit, ſans diſtinction, s'en tenir à la regle générale, qui pour juger de la validité d'un acte, par rapport à la ſolemnité & aux formalités, requéroit qu'on ne conſidérât que la Coutume du lieu où il étoit fait, n'étant pas juſte d'aſſujettir un acte public aux formalités d'un autre Pays, qui, pour l'ordinaire, étoient inconnues aux Notaires qui le paſſoient, & ce fut l'avis qui eut le plus grand nombre de voix.

Il faut convenir que cette difficulté eſt ſérieuſe, parce que la communauté contractée, ſuivant les Loix d'un certain lieu, ſemble ne pouvoir être réſolue que de la maniere que le preſcrit la Loi même, ſuivant laquelle elle a été contractée, *eodem modo contractus diſſolvuntur, quo & contrahuntur;* & comme dit Me Ch. du Molin, ſur Chaſſeneuz, *verbo, in bonis exiſtentibus in Burgundia*, art. 20 du tit. 4 de la Coutume de Bourgogne, *hæc renuntiatio eſt diſtractus tacitæ ſocietatis, quæ eſt de contractu, debet cenſeri de contractu, & ſecundùm eum regulari.* La communauté, une fois contractée, n'eſt aſſujettie à au-

cun changement de domicile, & eſt irrévocablement ſoumiſe aux Loix qui lui ont donné naiſſance, & c'eſt ce qui fait pour le premier avis.

D'un autre côté, les regles veulent que quand on eſt actuellement domicilié dans un lieu, & qu'il s'agit de ſolemnités à remplir, on rempliſſe celles preſcrites dans le lieu où l'on eſt, & c'eſt ce qui fait pour le dernier avis, & même en partie pour le ſecond.

Pour moi j'eſtime, que c'eſt la Coutume du domicile matrimonial qu'il faut ſuivre, lorſqu'il s'agit de déterminer ſi la diſſolution de la communauté ſe fait de droit par la mort d'un des conjoints, ou s'il faut quelque acte pour opérer cette diſſolution.

C'eſt pourquoi ſi la Coutume du domicile matrimonial n'exige aucun acte, & que la communauté, comme en Bourgogne, ſoit réſolue de droit, *morte ſocii*, je ſuis perſuadé que quelque domicile que les conjoints puiſſent choiſir par la ſuite, & quelque acte que ce nouveau domicile exige, le ſurvivant n'a rien à faire, & que la communauté eſt réſolue de droit: la raiſon en eſt ſenſible. Je regarde la communauté comme ſéante dans le lieu où elle a été contractée, nonobſtant le changement de domicile; c'eſt là le ſiege & l'aſſiette qu'il faut lui donner, ainſi je n'exige rien au-delà de ce que le lieu de l'aſſiette exige.

Que ſi la Coutume du domicile matrimonial exige quelque acte, & que celle du domicile nouveau n'en exige point, ou en exige d'une autre nature, par exemple, ſi le mariage a été contracté dans des Coutumes qui n'exigent qu'un ſimple inventaire, ou un ſimple partage & diviſion, comme Meaux, *article* 61; Sens, *article* 283; Bourbonnois, *article* 270, & que les conjoints ſoient venus demeurer en Bourgogne, où la communauté eſt réſolue de droit, ou à Paris, qui exige un inventaire avec un légitime contradicteur, & clos trois mois après, voici quelles ſont mes réflexions. Quand l'acte que déſire le domicile matrimonial, pour opérer la diſſolution de la communauté, peut ſe faire par-tout, & eſt entiérement dans le pouvoir du ſurvivant, je dis qu'il doit inconteſtablement accomplir l'acte requis par la Loi du domicile matrimonial, encore qu'il vienne demeurer dans des Coutumes qui n'en exigent point.

Ma raiſon eſt qu'autant qu'il eſt poſſible, il faut ſe conformer à la diſpoſition de la Coutume matrimoniale qui régit la communauté, & que le ſurvivant eſt en faute, quand pouvant s'y conformer par-tout où il va demeurer, il ne le fait pas : ainſi les conjoints mariés à Meaux, à Sens & en Bourbonnois, venant demeurer en Bourgogne, ſeront aſſujettis à un partage, ou à un inventaire : l'un & l'autre ſont dans le pouvoir du ſurvivant : car à l'égard du partage, il peut ſe faire par-tout ; & à l'égard de l'inventaire, il n'eſt pas de Nations policées qui, pour un cas, ou pour un autre, ne pratiquent la formalité de l'inventaire & deſcription des biens d'un homme ; ainſi le ſurvivant peut requérir un inventaire & en faire un : & s'ils viennent demeurer à Paris, il leur ſuffira encore de faire un inventaire atteſté par les formes ordinaires, ou de faire un partage & diviſion, conformément à la Coutume du domicile matrimonial à laquelle je me réfere entiérement.

Que s'il ſe trouvoit que la Coutume du domicile matrimonial, en exigeant certains actes ordinaires, exigeât encore qu'ils fuſſent accompagnés de formalités qui ne ſeroient pas en uſage dans le domicile nouveau, & qui ſeroient toutes du fait des Juges, ou des Officiers, j'eſtimerois qu'il ſuffiroit de remplir les formalités preſcrites dans le domicile nouveau.

Ma raiſon eſt qu'on ne peut pas raiſonnablement imputer au conjoint ſurvivant de n'avoir pas rempli des formalités qui ne dépendent pas de lui, mais des Officiers de qui on ne ſauroit exiger de pratiquer d'autres uſages & d'autres formalités, que celles qu'ils connoiſſent, & qui ont lieu parmi eux.

La Coutume de Paris exige du conjoint ſurvivant, pour la diſſolution de la communauté, 1°. que l'inventaire ſoit fait ; 2°. qu'il le ſoit avec légitime contradicteur ; 3°. & qu'il ſoit clos dans les trois mois ; ces formalités ſont très-dépendantes du ſurvivant des conjoints : il ne tient qu'à lui d'expoſer au Juge du domicile actuel, que par la Loi qui régit ſa communauté, il eſt obligé de faire un inventaire, & à cet effet, de ſe faire aſſiſter d'un légitime contradicteur, pour opérer la diſſolution de ſa communauté ; & en conſéquence, qu'il lui plaiſe de nommer une perſonne *ad hoc*, pour veiller à l'exactitude & à la fidélité dudit inventaire ; ce que le Juge ainſi requis ne ſauroit refuſer.

Il en eſt de même de la clôture de l'inventaire ; c'eſt une

affirmation pardevant le Juge, ſur la vérité de l'inventaire, que le Juge ne peut ſe diſpenſer d'admettre.

M. le P. Bouhier, *chap.* 22, *n.* 124, s'eſt auſſi déterminé pour les formalités du domicile matrimonial; ce que je ſuppoſe devoir s'entendre, autant que ces formalités ſont pratiquables par le conjoint ſurvivant.

Je ſais bien que l'on prétend que l'Arrêt du 23 Mars 1628, rapporté au Journal des Audiences, a jugé que des conjoints mariés à Paris, & retirés à Tours, la femme y étant décédée, & le mari ſurvivant ayant fait inventaire, ſuivant les formalités de la Coutume de Touraine, & ſans clôture, cet inventaire avoit opéré la diſſolution de la communauté; mais je crains que l'Arrêtiſte ne ſe ſoit trompé au ſujet de la clôture : car à Tours la clôture y eſt néceſſaire, ſuivant le témoignage de Pallu, *art.* 348, *n.* 9. Ainſi cet inventaire étant fait ſelon les formalités de Touraine, il étoit probablement clos : d'ailleurs les autres formalités de la Coutume de la Touraine ſont d'appeller les parents & amis du mineur, ou à leur défaut, le Procureur du Roi, & ces formalités rempliſſent exactement celles de la Coutume de Paris; autrement il n'eût pas été poſſible de décider pour la diſſolution de la communauté, ni à Tours, ni à Paris.

Je remarquerai à l'occaſion de la clôture de l'inventaire, que l'uſage du Châtelet a toujours été que la femme qui renonçoit à la communauté, y ayant enfants mineurs, ne faiſoit point clore ſon inventaire; en ſorte que cette formalité de clôture n'étoit pratiquée que par le mari, quand il ſurvivoit & vouloit diſſoudre la communauté, & par la femme, quand elle acceptoit la communauté; mais par Arrêt de réglement du 4 Mars 1727, il a été ordonné dans la Coutume de Paris, qu'à l'avenir la veuve, même renonçante, ſeroit tenue de faire clore ſon inventaire, pour opérer, contre ſes enfants mineurs, la diſſolution de la communauté, ainſi que dans le cas d'acceptation de communauté.

Toutes ces réflexions & ces différents arrangements peuvent ſouffrir quelques difficultés, dans le cas où la Coutume du domicile matrimonial exigeroit quelques formalités à remplir ſur le champ; mais on s'expliquera plus amplement là-deſſus, en parlant de la renonciation à la communauté.

De ce que nous venons de dire à l'égard des ſolemnités re-

quiſes pour la diſſolution de la communauté, il faut dire la même choſe pour la renonciation à la communauté : elles doivent être réguliérement priſes de la Loi qui régit la communauté, ſi elles ſont pratiquables dans le domicile actuel, parce que cette renonciation *eſt diſtractus ſocietatis*, qui, ſuivant Me Ch. du Molin, doit être réglée par la Loi même qui régit la communauté.

M. le P. Bouhier, *ch.* 28, *n.* 67 *& ſuivants*, rapporte deux Arrêts, tous deux rendus au Parlement de Bourgogne ; ſavoir, l'un en 1684, qui a jugé conformément à ce que j'expoſe préſentement ; & un autre précédent rendu en 1667, qui a jugé, au contraire, pour ſervir même de réglement, & il trouve que cet Arrêt de 1667, eſt plus régulier que celui de 1684. Je penſe bien différemment à cet égard : car pour moi j'eſtime que celui de 1684 eſt plus régulier que celui de 1667.

En effet, la femme n'emprunte la faculté de renoncer que de la Loi qui régit ſa communauté. Suppoſons une femme qui eſt en communauté, par la diſpoſition d'une Coutume qui ne l'admet pas à renoncer ; l'on peut ſuppoſer une telle Coutume avec Me Ch. du Molin, ſur *l'art.* 252 de la Coutume de Poitou, *adde quod etiam in locis, in quibus non permittitur viduæ renuntiare ſocietati*, & l'on peut faire cette ſuppoſition avec d'autant plus de raiſon, que la faculté de renoncer, quoique devenue de Droit commun, eſt en ſoi exorbitante, & contre la nature même de la ſociété. Or, cette femme, quoique changeant depuis de domicile avec ſon mari, & allant demeurer dans une Coutume qui lui permet de renoncer, n'acquerra pas pour cela la faculté de renoncer.

C'eſt donc la Coutume qui régit la Communauté qui accorde cette faculté, & qui, par conſéquent, doit en régler les conditions & les formalités.

Ainſi la veuve ayant renoncé dans le temps, & obſervé les choſes preſcrites par la Loi de ſon domicile matrimonial, eſt en regle : elle ne peut être commune, puiſquelle a renoncé, & elle a valablement renoncé, puiſqu'elle a ſuivi de point en point tout ce que la Loi qui lui permettoit de renoncer, exigeoit d'elle.

J'aurois de la peine néanmoins à dire, qu'une veuve qui auroit renoncé & pratiqué les formalités preſcrites par les Loix de ſon domicile actuel, dût être réputée commune pour n'avoir

voir pas obſervé celles de ſon domicile matrimonial, & je donnerois volontiers le choix à la femme de l'une ou l'autre Coutume.

En effet, cette qualité de commune a des ſuites bien plus conſidérables dans une femme qui ne veut pas être commune, que dans celle qui veut bien être commune; mais qui ne veut pas être en continuation de communauté.

Ainſi par rapport à la renonciation à la communauté, je dis pour ce cas, qu'autre choſe eſt de donner au domicile matrimonial, la concurrence avec le domicile actuel, & autre choſe eſt de l'exclure, pour ne plus reconnoître que le domicile actuel.

Si je donne à la Loi du domicile actuel, la concurrence, c'eſt pour ne pas m'écarter entiérement des regles ordinaires.

Si je refuſe à cette même Loi le droit d'exclure, c'eſt pour ne pas anéantir totalement par une tranſlation de domicile, une ſoumiſſion tacite à la Loi matrimoniale.

Ainſi dans la variété des Loix, je mets entre elles la concordance, dont cette variété eſt ſuſceptible.

Les Loix du lieu où un acte ſe paſſe, en reglent les formalités: *bene ſit*, que la veuve renonce ſuivant ces formalités.

Mais cette faculté de renoncer eſt dépendante de la Loi du domicile matrimonial: les conjoints qui contractent communauté, conviennent au moins tacitement que la veuve pourra y renoncer ſous telles & telles modifications: les remplir, c'eſt ſatisfaire à la convention; & comment donneroit-on l'excluſion à cette convention? car je ne ſaurois penſer que le ſeul changement de domicile déroge à la convention, & en faſſe contracter une nouvelle dans un pareil cas, & tout ce que je puis accorder, eſt que la veuve acquiert le choix de l'un ou de l'autre; encore ne donné-je ce choix qu'avec une ſorte de peine: car je crois que le mieux eſt de ſe référer à la Loi du domicile matrimonial, & ce n'eſt que la crainte que la veuve ne ſoit pas à portée de trouver des conſeils éclairés dans une matiere qui peut avoir des ſuites ſi conſidérables, qui me fait adopter l'un & l'autre parti.

Mais il y a un cas où je croirois que l'on peut indiſtinctement ſuivre la Loi du domicile actuel, au préjudice de la Loi du domicile matrimonial; c'eſt lorſque cette derniere Loi exige quelques formalités à remplir ſur le champ, faute deſquelles

la femme ſurvivante ſeroit déchue du droit de renoncer : car dans ce cas j'eſtime que la femme ſurvivante peut indiſtinctement pratiquer les Loix de ſon domicile actuel.

La raiſon en eſt, qu'elle n'eſt pas toujours à portée d'être inſtruite de ce qu'elle doit faire après le décès de ſon mari : éloignée du lieu matrimonial, elle ne peut ſur le champ conſulter que les conſeils du lieu où elle demeure, & ces conſeils pleins de leurs Coutumes & de leurs uſages, & nepoſſedant pas la ſcience des queſtions mixtes, la renverront toujours à leurs Coutumes ; & d'ailleurs dans le temps même que la femme conſulte, elle ſeroit déja déchue de la faculté de renoncer, ſi elle ne pouvoit en uſer que conformément à la Loi du domicile matrimonial.

C'eſt pourquoi j'oſerois établir deux regles pour les cas de la diſſolution & de la renonciation à la communauté.

La premiere eſt que, quand pour la diſſolution & réſolution d'un contrat, nos Coutumes différentes ordonnent & exigent différentes formalités, il faut de droit obſerver celles qui régiſſent le contrat.

La deuxieme eſt que comme ces différentes formalités ne peuvent pas être exécutées ſouvent comme l'exige la Loi du contrat, & dans le temps même qu'elle l'exige, il ſeroit injuſte de la rendre commune, & de lui faire un tort irréparable : l'équité vient à ſon ſecours, lorſqu'elle a obſervé dans la bonne foi, & dans l'ignorance preſqu'invincible d'une autre Loi, la Loi de ſon domicile actuel.

Pour troiſieme exemple, je propoſerai le réglement du Parlement de Paris, du 14 Mai 1731.

Dans la Coutume de Paris, où la communauté eſt de Droit entre conjoints, toutes les dettes mobiliaires des conjoints tombent dans cette communauté, comme tous leurs meubles & effets mobiliers y tombent. Pour empêcher que les effets actifs mobiliers ne tombent ainſi dans la communauté, on les ſtipule propres en tout, ou partie ; & pour faire que l'autre conjoint ne ſoit pas tenu des dettes mobiliaires paſſives antérieures au mariage, on convient que chacun paiera ſéparément ſes dettes faites auparavant ledit mariage, & à cet effet les futurs doivent préalablement faire un inventaire ſuivant *l'art.* 222 de la Coutume de Paris. Mais comme la Coutume n'exige qu'un ſimple inventaire, les futurs conjoints, ſoit que

ce fût un premier mariage, ſoit que ce fût un deuxieme, ſoit qu'il y eût enfants d'un premier lit, ſoit qu'il n'y en eût pas, avoient coutume de faire un inventaire entre eux des effets qui leur appartenoient, ſans autre formalité qu'une ſimple deſcription, ſouvent ſous ſeing privé, mais reconnu pardevant Notaires, & ſans y appeller aucune autre perſonne, de ſorte qu'en repréſentant le contenu en cet inventaire, pour ce qui en appartenoit à celui qui avoit des dettes, l'autre conjoint en étoit quitte.

Mais une veuve qui ſe remarioit, ayant enfants dont elle étoit tutrice, étoit à portée d'avantager indirectement ſon deuxieme conjoint, en ne mettant dans l'inventaire qu'une partie de ſes effets, & fruſtroit ainſi ſes enfants.

Le Parlement, pour prévenir cet inconvénient, a ordonné par un Arrêt de réglement, du 14 Mai 1731, qu'à l'avenir lorſqu'une veuve, tutrice de ſes enfants, convolera à de ſecondes noces ou ſubſéquentes, ſoit qu'il y ait entre les nouveaux conjoints ſtipulation de communauté ou de non communauté par leur contrat de mariage, l'inventaire qui pourra être fait, ne ſera réputé bon & valable, s'il n'eſt fait avant la célébration du ſecond ou ſubſéquent mariage, en préſence d'un tuteur *ad hoc* auxdits mineurs, qui leur ſera nommé par l'avis de leurs parents, tant paternels, que maternels, en la maniere accoutumée, pardevant Notaires, dont il y aura minute, de tous les meubles & effets qui ſe trouveront appartenir à ladite veuve tutrice, dont elle ſera actuellement propriétaire & en poſſeſſion, tant de ceux compris en l'inventaire de la premiere communauté, que de ceux qu'elle pourra avoir acquis, ou qui lui ſeront advenus par ſucceſſion, donation ou autrement. Cet Arrêt fut imprimé, lu & publié à l'Audience du Châtelet de Paris, le Siege tenant.

Il n'y a pas de difficulté que ſi le contrat de mariage eſt paſſé à Paris ou dans l'étendue de la Coutume, par une veuve tutrice y domiciliée, on ne réputera bon & valable l'inventaire qu'elle aura fait, avant que de ſe remarier, qu'autant qu'elle aura rempli les formalités & ſolemnités preſcrites par cet Arrêt de réglement; parce que cet inventaire étant fait à Paris, par une veuve ſoumiſe aux réglements, elle doit s'y conformer, puiſque c'eſt par ce réglement qu'elle doit être jugée.

Que ſi le contrat demariage eſt paſſé hors l'étendue de ce

Parlement, que le mari ſoit, par exemple, domicilié à Paris, & qu'il épouſe une veuve en Bourgogne, je dis que cette veuve n'eſt pas obligée au réglement; parce que, quoi qu'elle doive venir demeurer à Paris avec ſon mari, elle n'y eſt pas encore domiciliée & n'en eſt pas encore juſticiable. Le principe eſt que *Statuta in non ſubditos juriſdictioni ſtatuentium, diſponere non poſſunt.*

Que ſi ce contrat eſt paſſé à Paris, mais entre gens domiciliés ailleurs, & qui ne veulent pas s'établir à Paris, ni dans l'étendue de la Coutume, je dis dans cette eſpece qu'ils ne ſeront pas obligés au réglement, parce qu'ils ne ſont pas ſoumis à la Coutume de Paris, & qu'ils n'en adoptent pas les Loix.

Que ſi les futurs conjoints demeurant hors l'étendue de la Coutume de Paris, paſſoient chez eux un contrat de mariage, mais que pour régler leur communauté, ils ſe ſoumiſſent à la Coutume de Paris, il ſembleroit dans cette derniere eſpece qu'ils devroient obſerver le réglement, parce qu'implorant la Coutume de Paris, ils ſe ſoumettent à régler leur communauté ou non communauté, comme on la régleroit à Paris, & par conſéquent, ils doivent s'inſtruire des différents réglements qui la concernent & s'y conformer. Cependant j'aurois peine à me déterminer ainſi, parce que, à l'égard de la Coutume de Paris, elle eſt, à la vérité, une Loi publique que les parties ſont préſumées connoître, en s'y ſoumettant; mais elles ne ſont pas préſumées connoître un réglement particulier, qui eſt renfermé dans l'étendue de la Coutume où ils ne contractent pas.

Quant aux ſolemnités extrinſeques, il y en a qui doivent être remplies tantôt dans le contrat, telle eſt la ſolemnité du contrôle requis en Normandie; & il y en a qui ne dépendent nullement du lieu du contrat, mais bien du domicile & de la ſituation des choſes, telle eſt l'inſinuation des donations; c'eſt ce que nous allons agiter dans l'article ſuivant.

FORMALITÉS

*Quæ requiruntur ex poſt facto.*

Ces formalités ne ſont à remplir qu'après que l'acte eſt entiérement formé : elles ſont requiſes *ad confirmationem rei ineſſe productæ, vel ad effectum, & utilitatem conſequendam*, & nos Auteurs appellent ces ſortes de formalités, *ſolemnitates effectuales quæ tribuunt robur actui jam formato.*

Par rapport à ces formalités à remplir depuis l'exiſtence de l'acte, il y en a pour leſquelles les Loix fixent & déterminent un temps dans lequel elles doivent être accomplies, & qui ont un effet rétroactif, quand elles le ſont dans le temps preſcrit ; que ſi elles ne le ſont que depuis, ou qu'il n'y ait aucun temps déterminé pour les remplir, & qu'à raiſon de ce, la Loi ne prononce pas la nullité de l'acte, ce n'eſt que du jour que les formalités auront été remplies, que l'acte aura une entiere exécution, & juſqu'à ce, ſi les actes ne ſont pas nuls, *ipſo jure*, ils peuvent l'être, *ope exceptionis*, en ce que ces actes dénués de ces formalités, n'ont aucune action, voyez Baldus, *tract. de Stat. verbo, gabella, n.* 12.

J'en diſtingue de deux ſortes, celles qui ſont requiſes par nos Ordonnances, & celles requiſes par nos différentes Coutumes.

Si elles ſont requiſes par nos Ordonnances duement enrégiſtrées dans le Royaume, & uniformes par-tout, en ce cas n'y ayant point de contrariété de Loix, il ne peut point y avoir de difficulté, ni de combat entre différentes Loix.

Que ſi elles ne ſont enrégiſtrées que dans certains Parlements, ou encore, ſi elles ne ſont requiſes que par certaines Coutumes, il faut alors conſidérer ſi elles ſont attachées aux contrats, ou ſi elles ſont attachées aux choſes.

Un homme paſſe un acte en Normandie, où les contrats doivent être contrôlés pour produire hypotheque : cette formalité de contrôle eſt requiſe, *ex poſt facto ;* mais elle appartient au contrat, c'eſt *onus conventionis, onus conſecutivum contractûs ;* c'eſt une charge qui doit être accomplie, *ubi contrahitur, ubi verba concipiuntur, ubi peraguntur ſolemnia, & perficitur conventio ;* & ſi ce contrat n'eſt pas contrôlé, il ne

produira d'hypotheque, ni en Normandie, ni ailleurs, & il n'en produira que du jour du contrôle; que ſi l'acte eſt paſſé hors la Normandie, le contrôle ne ſera pas néceſſaire pour acquérir hypotheque même en Normandie, puiſque cette formalité qui appartient au contrat, doit ſe prendre du lieu du contrat.

C'eſt ainſi que les Avocats de la Province de Normandie décident dans leurs Avis du 7 Février 1684, que j'ai donnés au Public, page 517 de mes Diſſertations mixtes.

Baſnage, *art.* 546 de cette Coutume, obſerve néanmoins, qu'encore que le contrôle des actes ſoit néceſſaire en Normandie, pour produire hypotheque, cependant l'on peut, en vertu d'un contrat paſſé devant Tabellions & Notaires, quoique non contrôlé, pourſuivre valablement un décret, & il en rapporte trois Arrêts, ſauf à l'acquéreur, dont le contrat eſt contrôlé, à s'oppoſer, pour ſe faire colloquer comme antérieur en hypotheque. La raiſon qu'il en allegue, eſt que l'*art.* 546 donne ce droit de ſaiſir réellement à ceux qui ſont porteurs de contrats paſſés devant Notaires, & que la néceſſité du contrôle eſt bien poſtérieure à la réformation de la Coutume.

Mais cette raiſon jette un nuage ſur cette queſtion: car ſi en vertu d'un contrat paſſé par les Notaires de Normandie, quoique non contrôlé, on peut ſaiſir réellement un fonds, & en pourſuivre valablement l'adjudication, il faut néceſſairement qu'on regarde, en Normandie, ce contrat comme revêtu de toute ſon authenticité & de toute ſa forme exécutoire, & par conſéquent comme emportant hypotheque, nonobſtant le défaut de contrôle.

En effet, le Droit commun eſt que tous contrats paſſés pardevant Notaires, & duement ſcellés, emportent hypotheque de plein droit, & exécution parée. L'Edit qui aſſujettit à la néceſſité du contrôle, pour opérer hypotheque, ayant été enrégiſtré en Normandie, doit avoir lieu pour tous les contrats paſſés en Normandie.

Or ſi nonobſtant l'omiſſion du contrôle, pareil contrat emporte exécution parée en Normandie, à plus forte raiſon doit-il emporter hypotheque, ſoit en Normandie, ſoit dans les endroits où le contrôle n'a pas été reçu. A quoi l'on peut répondre que le contrôle n'ôte pas, en Normandie, l'ancien droit accordé aux contrats paſſés pardevant Notaires. Ils ſont également exé-

cutoires comme ci-devant, vis-à-vis le débiteur, & quelque tiers que ce puiſſe être. Ils emportent même hypotheque, puiſqu'ils ne la perdent que vis-à-vis un créancier fondé en un contrat contrôlé, & non pas vis-à-vis de ſimples créanciers chirographaires; d'où l'on voit combien il eſt difficile de prendre ſon parti dans la rencontre de tant de formalités que l'on ajoute les unes ſur les autres, & auxquelles une néceſſité de ne pas détruire le Droit commun, donne des modifications que l'on peut dire purement arbitraires; j'ajouterois volontiers bizarres, & contre les principes les plus univerſellement établis.

L'inſinuation eſt-elle une formalité extrinſeque & complémentaire, ou une formalité ſubſtantielle & conſtitutive de l'acte? Me Ch. du Molin paroît avoir varié ſur cette queſtion: pour bien entendre cette variation, il faut ſe reſſouvenir de ce que nous avons dit, dès le commencement de cette Obſervation, qui eſt que Me Ch. du Molin emploie également le terme de *forma* & celui de *ſubſtantia*, pour ſignifier ce qui eſt intrinſeque & ſubſtantiel au contrat, & celui de *ſolemnitas* à ce qui n'eſt, ni de l'eſſence, ni de la ſubſtance du contrat. Cela ſuppoſé, Me Ch. du Molin, *ſur l'art.* 119 *de la Coutume de Vermandois*, dit que l'inſinuation qui avoit lieu chez les Romains, *apud magiſtrum cenſûs, erat de ſubſtantia;* & ſur l'*article* 218 de la Coutume de Bourbonnois, il dit que l'inſinuation *formam reſpicit;* mais ſur la Loi premiere, *ff. de verbor. oblig.* ci-devant citée, il dit que l'inſinuation eſt de ſolemnité, *& indiſtinctè ſequi poteſt.*

Me Jean-Marie Ricard, en ſon Traité des Donations, *part.* 1, *ch.* 4, *ſect.* 3, *gl.* 8, *n.* 1258, qualifie l'inſinuation, de ſolemnité extrinſeque.

Quoi qu'il en ſoit, on ſait que par toutes nos Ordonnances renouvellées par celle de 1731, il faut que les donations ſoient inſinuées.

Cette formalité, dans la Theſe générale, ſembleroit appartenir au contrat, puiſque c'eſt le contrat qui doit être inſinué; & en ſuivant les regles générales, il ſuffiroit d'inſinuer au lieu où ſe paſſe le contrat; mais les donations ont leurs Loix particulieres, & nos Ordonnances ont déterminé qu'elles ſeroient inſinuées au domicile du donateur, & au lieu de la ſituation des biens. Ce lieu, par les Ordonnances antérieures à celle de 1731, étoit tout Bailliage Royal de la ſituation; mais par la

Déclaration de 1731, il faut que ce ſoit un Bailliage Royal reſſortiſſant nuement ès Cours du Parlement, &c. au moyen de quoi ces Ordonnances & Déclarations en ont fait une formalité attachée au domicile & aux choſes.

Avant l'Ordonnance de 1731, le Parlement de Paris jugeoit conformément à celle de Moulins, que les donations, faute d'inſinuation, étoient nulles, même à légard des héritiers; & au contraire, les Parlements de Toulouſe & Bordeaux jugeoient que les héritiers n'étoient pas recevables à débattre les donations, faute d'inſinuation, étant tenus des faits & promeſſes du donateur.

Dans le Parlement de Paris, les donations faites par pere & mere, & autres aſcendants dans le contrat de mariage de leurs enfants & petits-enfants, n'ont pas beſoin d'être inſinuées. Il en étoit autrement dans les Parlements de Provence & de Normandie.

L'Ordonnance de 1731 a fait ſur cela une diſpoſition univerſelle, & il ne peut plus, quant aux donations qui ſe feront dorénavant, y avoir ſur ces queſtions, diverſité de Juriſprudence.

Mais plaçons-nous dans le temps que cette diverſité ſubſiſtoit, & cela pour d'autant mieux faire connoître la nature de cette formalité, & parce que d'ailleurs l'Ordonnance de 1731 ne rétrograde pas.

Selon la diſpoſition de nos Ordonnances, l'inſinuation n'appartient nullement au lieu du contrat, puiſque l'inſinuation n'y eſt pas néceſſaire, quand le domicile & les biens ſont ailleurs; mais elle appartient au lieu du domicile du donateur, & au lieu de la ſituation des choſes.

Je dis d'abord que l'inſinuation appartient au lieu du domicile du donateur, & cette inſinuation eſt tellement néceſſaire & tellement indiſpenſable, qu'encore qu'elle ait été faite au lieu où les biens ſont ſitués, néanmoins elle n'opérera aucun effet, pas même pour ces biens, ſi elle ne l'a pas été au domicile du donateur. Je ſuppoſe donc un homme qui donne un bien ſitué hors le Bailliage de ſon domicile; le donataire fait inſinuer au lieu de la ſituation; mais il ne fait pas inſinuer au lieu du domicile du donateur. Dans cette eſpece je dis que nonobſtant l'inſinuation dans le lieu de la ſituation, la donation ſera nulle, parce que les Parties n'ont pas ſatisfait à la formalité qui eſt attachée au domicile de la perſonne qui donne.

C'eſt

C'eſt pourquoi les biens ſe trouvant ſitués à Toulouſe, ou à Bordeaux, où les héritiers ne ſont pas admis à débattre les donations non inſinuées, je dis que ſi la donation n'eſt pas inſinuée au domicile du donateur que je ſuppoſe être hors l'étendue de ces Parlements, il n'eſt pas poſſible qu'ils puiſſent confirmer cette donation, parce que l'acte que l'on produit dans ces Parlements, n'a pas la perfection requiſe dans le lieu du domicile. A la bonne heure que la donation inſinuée au domicile du donateur, & non inſinuée à Toulouſe & à Bordeaux, ne pût pas être conteſtée, quant aux biens ſitués dans ces Parlements : le contrat eſt revêtu de ſa forme ; le ſurplus regarde la réalité, & ces Parlements pourroient, à cet égard, avoir leur Juriſprudence, ayant droit de commander aux biens.

Par la même raiſon je ſuis convaincu que les donations faites par contrats de mariage en directe, par des peres & meres domiciliés en Normandie, non inſinués en Normandie, où la Juriſprudence étoit que ces donations ſeroient inſinuées, ne devroient pas valoir pour les biens de Paris, où auroit été faite l'inſinuation, parce que la donation non inſinuée au domicile du donateur, quand le domicile exige cette forme, n'a pas la perfection requiſe, & que le contrat eſt vraiment informe ; par conſéquent cette donation ne peut jamais valoir ailleurs, même dans les endroits de la ſituation, où l'inſinuation ne ſeroit pas néceſſaire.

Quoique l'Ordonnance de 1731 ait éteint, pour l'avenir, cette diverſité de Juriſprudence des Parlements de Paris, de Toulouſe, de Bordeaux & de Normandie, les mêmes difficultés peuvent renaître de la même Ordonnance, par rapport à l'exemption accordée aux Pays d'Artois & de Flandres.

Par l'Article 38 de l'Ordonnance de 1731, les Pays du reſſort du Parlement de Flandres, ne ſont pas aſſujettis à la formalité des inſinuations ; & par la Déclaration du 17 Janvier 1736, la Province d'Artois a été compriſe dans cette diſpenſe.

Cela ſuppoſé, un homme domicilié en Artois, ou dans le Pays du reſſort du Parlement de Flandres, fait une donation ; elle ne ſera pas ſujette à l'inſinuation dans le domicile du donateur, à raiſon de la diſpenſe, encore même que la donation fût faite hors l'Artois, ou hors le Pays du Parlement de Flandres, & dans un endroit où l'inſinuation eſt requiſe, & telle donation non inſinuée au domicile, ne pourra être arguée de nullité en

tel endroit que ce puiſſe être, par le défaut d'inſinuation au domicile du donateur.

Si le donateur domicilié en Artois, fait donation de biens ſitués à Paris, & que cette donation ne ſoit pas inſinuée à Paris, la donation ne pourra pas ſubſiſter, parce que les Parties n'ont pas ſatisfait à la formalité réelle, & elle ſera nulle, reſpectivement aux biens de Paris.

*Vice verſâ.* Si le donateur domicilié à Paris, fait donation de biens ſitués en Artois, ſa donation ſera aſſujettie à l'inſinuation en ſon domicile, & en ſera exempte en Artois; de ſorte que ſi elle n'eſt pas inſinuée à Paris, elle ne pourra pas valoir, même en Artois, parce qu'elle ſe trouvera deſtituée de la formalité requiſe au domicile.

L'économie de toutes ces réſolutions, eſt que les Ordonnances ne diſpenſent de l'inſinuation au domicile, que le donateur domicilié en Artois, & de l'inſinuation au lieu de la ſituation, que les biens ſitués en Artois, &c.

C'eſt pourquoi je conviens que l'inſinuation n'étant pas de la ſubſtance du contrat de donation, la donation peut recevoir diviſion, valoir pour de certains biens où l'inſinuation aura été faite, & ne pas valoir pour d'autres, où elle ne l'aura pas été. (Voyez l'Arrêt 5, rapporté *tom.* 1 des Arrêts du Royaume) mais bien entendu qu'elle l'aura été dans le lieu du domicile du donateur, quand cela eſt requis: car ſans cela j'eſtime qu'elle ne vaudra rien, en quelque endroit que ce ſoit.

Rébuffe, *ad conſtitut. regias, de inſinuat. donat. art.* 1, *gloſ.* 5, propoſe la queſtion ſuivante. *Conſuetudo Galliæ quæ exigit certam ſolemnitatem pro inſinuatione donationis, non habet locum pro bonis quæ quis habet extra Galliam, etiam ſi donatio facta eſſet in Gallia,* & voici le jugement que Théſaurus, *quæſt. forenſ. lib.* 2, *quæſt.* 8, porte de cette déciſion; *quæ doctrina* (Rebuffi) *mihi dubia redditur ex traditis per Baldum in conſ.* 166, *quidam Franciſcus, lib.* 5, *ubi voluit quod donatio inſinuata virtute legis municipalis porrigat effectum ſuum ad bona ſita extra territorium, quia per illam formam ligantur contrahentes, & ideo magis inclinarem pro iſta parte, niſi in loco ubi bona ſunt ſita, adeſſet Statutum contrarium, ſed in loco contractûs ſemper erit ſervanda ſolemnitas Statuti ibi vigentis.*

Je n'entends pas bien, ni la déciſion de Rébuffe, ni la critique de Théſaurus, & je fais pluſieurs eſpeces. Je ſuppoſe un

François domicilié en France, & qui fait, ſoit à un François, ſoit à un étranger donation non inſinuée en France, d'un bien qu'il a dans les Pays étrangers, où l'inſinuation n'eſt nullement néceſſaire; dans cette premiere eſpece, j'eſtime que tous ceux qui auront intérêt à combattre cette donation, pourront l'attaquer, ſoit qu'ils ſoient François, ſoit qu'ils ſoient étrangers, parce que cette donation n'eſt pas revêtue des formalités requiſes en France, par les Ordonnances du Royaume qui en prononcent la nullité, & que l'étranger comme le François, qui a intérêt, peut propoſer la nullité d'un titre qu'on lui oppoſe, & ainſi je dirai dans ce cas contre Rébuffe, *conſuetudo Galliæ habet locum etiam pro bonis quæ quis habet extra Galliam*, & je dirai avec Théſaurus, *in loco contractûs, ſemper erit ſervanda ſolemnitas Statuti ibi vigentis*, & cela doit avoir lieu à plus forte raiſon, ſi la donation eſt faite d'un François à un François.

Que ſi la donation eſt faite en France par deux étrangers, d'un bien ſitué hors la France, c'eſt pour ce cas où l'on peut dire que *conſuetudo Galliæ non habet locum pro bonis ſitis extra Galliam;* le donateur n'y a pas de domicile, les biens n'y ſont pas ſitués; que ſi c'étoit un étranger qui donnât, ſoit à un François, ſoit à un étranger, des biens ſitués en France, pour lors il faudroit inſinuer en France, puiſque les biens y ſont ſitués.

Que ſi le donateur eſt domicilié dans un Royaume, & les biens ſitués dans un autre, & que ces deux endroits requierent une inſinuation, je dis dans ce cas contre Théſaurus, que ſi elle n'eſt pas inſinuée dans les deux endroits, mais dans le ſeul domicile, *donatio inſinuata virtute legis municipalis, non porrigit effectum ſuum, ad bona ſita extra territorium*, parce que ſi la donation n'eſt pas inſinuée dans le lieu de la ſituation, elle n'eſt pas revêtue de la formalité réelle qu'exige la Loi de la ſituation.

*Formalités dans l'exécution des contrats, ou de la Loi qu'il faut ſuivre dans l'exécution des contrats.*

Quant aux formalités dans l'exécution des contrats, nous avons pour principe général, qu'il faut ſuivre la Loi où ſe fait l'exécution; c'eſt le principe de Mᵉ Ch. du Molin, *au C. de ſumm. trinit. lib. 6, tit. 32, an inſtrumentum habeat executio-*

*nem, & quomodo debeat exequi, attenditur locus ubi agitur, vel fit executio. Ratio, quia virtus executoria, & modus exequendi concernit proceſſum :* & voici l'uſage qu'il a fait de ce principe, *au C. lib. 6°. cap.* 32 : il expoſe d'abord que *in his quæ pertinent ad proceſſum judicii, vel executionem faciendam, vel ad ordinationem judicii, ſemper ſit obſervanda conſuetudo loci in quo judicium agitatur,* & delà il paſſe à une eſpece. Il obſerve que la Coutume de Turin, eſt que tous les actes publics ont une exécution parée, *ſine omni ſtrepitu judiciali ;* il préſuppoſe enſuite qu'un homme de la ville de Tubinge vient à Turin, & que là il fait un emprunt, d'un homme domicilié à Turin, duquel emprunt eſt dreſſé un acte public ; cet emprunteur s'en retourne enſuite à Tubinge : il eſt pourſuivi, pardevant ſon Juge, pour le paiement de cette ſomme, & le créancier ſur le fondement que ſon obligation emporte exécution parée dans le lieu où elle a été paſſée, demande de la mettre à exécution à Tubinge, *ſine ſtrepitu judiciali.* M^e Ch. du Molin répond que cela ne ſe peut pas, & que s'agiſſant d'exécution, il faut obſerver les Loix du lieu où l'on demande l'exécution. *Taurini eſt conſuetudo, vel Statutum, ut omnia inſtrumenta publica habeant paratam executionem, id eſt ſimul atque judex videt inſtrumentum, cogit eum qui ex teſtamento* (je crois qu'il faut lire, *inſtrumento*) *aliquid debet, ſine ſtrepitu judiciali ſolvere. Ego autem Tubengenſis iſtic cùm quodam Taurinenſi contraxi, forte mutuo accepi centum florenos, de quibus dedi inſtrumentum publicum, & mox reverſus ſum Tubingem. Taurinenſis ille, aliquantò poſt, me convenit ſuper debito, & profert judici inſtrumentum, petens ſine judiciali ſtrepitu illud exequi, quia, inquit, Taurini eſt conſuetudo : an ille debeat obtinere ? & certe non, quia licet Taurini ſit illa conſuetudo, tamen hîc non eſt talis, & quia hîc mecum vis litigare, in ejuſmodi executione, & proceſſu cauſæ, debet conſervari conſuetudo ejus loci, ubi aliquis convenitur, & hoc appellant noſtri, quamvis barbarè, ſtylum curiæ eſſe obſervandum.*

Je trouve une pareille déciſion dans Burgundus, *tract.* 5 : il dit que dans le Hainaut celui qui eſt obligé, *coram duobus feudatariis,* peut être condamné avant toutes choſes à conſigner la ſomme portée dans l'obligation ; mais que ſi le débiteur qui s'eſt obligé dans le Hainaut, eſt pourſuivi en Flandres, il n'y ſera contraint qu'après être comparu en juſtice, ou avoir été

jugé coutumax, *peremptorio edicto*, conformément aux uſages de Flandres.

Ce principe eſt écrit dans preſque tous nos Auteurs : *in expeditivis contractûs non inſpiciuntur ordinativa contractûs, ſed locus ſolutionis*, Everard en ſon *conſ.* 78, & comme dit Joannes à Sandé, *in executivis attenditur jus loci, ubi petitur executio*, lib. 1, tit. 12, definit. 5, deciſ. Friſ.

Delà ces Auteurs en concluent comme tous les autres, que ſi le contrat eſt paſſé dans un lieu qui donne au titre, une exécution parée, & que l'exécution ſe faſſe dans un lieu où tel titre n'eſt point exécutoire, il n'emportera pas d'exécution parée. *Hinc cùm quidam ex confeſſione judiciali facta Amſtelodami ubi confeſſio coram ſcabinis facta habet paratam executionem peteret executionem dirigi in bona debitoris in hac Provinciâ ſita, repulſam tulit, quia inſtrumenta executiva ejus loci, ubi conficiuntur, ſi producantur coram judice alterius territorii, ubi obſervatur jus commune, non merentur executionem*, Joan. à *Sandé, loc. cit.*

C'eſt encore la déciſion de Criſtin. *déciſ.* 283, *vol.* 1, *ſi in loco celebrati contractûs ſit Statutum, quod debitor poſſit capi, vel incarcerari, vel inſtrumenta notariorum habeant paratam executionem, & in loco deſtinatæ ſolutionis non ſit tale Statutum, ſed ſervetur jus commune, inſpicitur jus ibi ſervatum*, voyez Peck. *de jure ſiſtendi, cap.*

Je ſuppoſe un François qui s'oblige pour dettes ordinaires en un Pays étranger, où toutes obligations emportent de droit la contrainte par corps, il eſt certain que ce droit d'empriſonner le débiteur, eſt une maniere de parvenir à l'exécution de l'obligation, *modus exequendi ;* que par conſéquent cela dépendroit de la Loi où ſe feroit l'exécution ; en ſorte que, ſi elle ſe faiſoit dans un endroit où l'exécution par corps n'auroit pas lieu, il ne pourroit être contraint par cette voie rigoureuſe.

En ſeroit-il de même, ſi le François s'y étoit obligé nommément ? voyez *l'Obſerv.* 10.

On ſait que, ſuivant le Droit général de la France, toutes exécutions ceſſent par la mort du débiteur : il faut ajourner l'héritier pour voir déclarer le titre exécutoire, ou ſi l'exécution étoit commencée, il faut l'aſſigner pour reprendre ; parce que, ſuivant le Droit commun, le mort exécute le vif, mais le vif n'exécute pas le mort. *Jus enim exequendi non mutatur,*

*nec amittitur ex parte creditoris, ſed ex parte debitoris, quo mortuo, vocantur hæredes, ut inſtrumentum declaretur excutorium*, Mol. art. 263, de la Coutume de Blois.

La Coutume de Normandie, & celle de Bourgogne, ont un uſage & une Juriſprudence contraire, quant à l'exécution du titre contre l'héritier d'un défunt; dans ces Coutumes le mort exécute le vif, & le vif exécute le mort; en ſorte que l'on ſe pourvoit de plein droit par exécution contre l'héritier: on demande quelle Coutume il faudra ſuivre, ſi ce ſera celle du lieu où le titre a été paſſé, & nous ſuppoſons ce titre authentique, ſi ce ſera celle du domicile du débiteur, ou celle de la ſituation des biens, & j'eſtime dans l'eſpece propoſée, que c'eſt le lieu où l'exécution ſe fait, qu'il faut uniquement conſidérer; en ſorte qu'à Paris, ſi l'exécution s'y fait ſur la perſonne ou ſur les biens, il faudra une Sentence contre l'héritier, encore que le titre ſoit émané de Normandie, & qu'il n'en faudra pas en Normandie, encore que le titre ſoit émané de Paris.

Voici une autre queſtion. Avant l'Ordonnance de 1539, la regle étoit de diſcuter le mobilier d'un débiteur avant que de faire vendre ſes immeubles, cette Juriſprudence avoit été empruntée de la Loi, *à divo Pio, ff. de re judicatâ.*

Mais les débiteurs abuſant ordinairement de cette Loi par les différentes chicanes qu'ils faiſoient ſur la ſimple diſcuſſion des meubles, ce qui retardoit le paiement des créanciers, & les conſtituoit dans des dépenſes ruineuſes, intervint l'Ordonnance de 1539, qui porte en *l'art.* 74, ces termes: en toutes exécutions, où il y a commandement de payer, ne ſera beſoin pour la validité de l'exploit des criées ou autre ſaiſie, & main miſe de perſonne, ou biens, faire perquiſition de biens meubles; mais juſtifiera du commandement duement fait à perſonne, ou domicile: cette Ordonnance a été enrégiſtrée dans toutes les Cours, qui lors faiſoient partie du Royaume; de ſorte qu'elle a lieu dans les Coutumes mêmes qui peuvent contenir des diſpoſitions contraires.

Mais elle ne s'obſerve pas en Artois, ſuivant le témoignage de M. Maillard, ſur *l'art.* 190 de cette Coutume, parce que cette Province fut cédée dans la même année, à la maiſon d'Autriche, par le traité de Madrid.

Cette Ordonnance de 1539, n'eſt pas encore exécutée en

la Franche-Comté, parce que l'Ordonnance du Roi Philippe II, de l'an 1586, qui eſt bien poſtérieure, ordonne la diſcuſſion des meubles, auparavant la ſaiſie réelle.

Mais ſi on en excepte ces deux Provinces, je n'en connois pas dans le Royaume où *l'art.* 74 de l'Ordonnance de 1539, ne ſoit exécutée à la lettre.

C'eſt donc une maxime parmi nous que l'on peut de plein droit, & ſans aucune diſcuſſion du mobilier, ſaiſir les immeubles d'un débiteur majeur, quand on a contre lui un titre paré, dont la créance monte au moins à 200 livres.

Il y a plus, on peut encore, quand le titre le permet, ſaiſir tout à la fois les meubles d'un débiteur, ſes immeubles & ſa perſonne même, en la conſtituant priſonniere; c'eſt ce que j'ai vu exprimer par ces termes, qu'*en France on peut ſaiſir le fouet, la charette & le chartier.*

Cela préſuppoſé, un débiteur eſt domicilié en Artois ou en Franche-Comté, il a des immeubles dans quelques autres Provinces du Royaume, où la diſcuſſion du mobilier n'a pas lieu. *Vice verſâ*, un débiteur eſt domicilié dans les Provinces de non diſcuſſion, & il a des immeubles en Artois ou en Franche-Comté, *quid juris*, par rapport à la diſcuſſion, ou non diſcuſſion préalable des meubles.

J'obſerverai d'abord que la diſcuſſion des meubles admiſe dans le Royaume avant l'Ordonnance de 1539, ne l'étoit pas comme privilege, mais comme Droit commun : le contraire a été admis par la ſuite, & eſt devenu un autre Droit commun; mais l'ancien Droit eſt reſté Droit ancien dans les lieux où il continue de s'obſerver, & l'un & l'autre ne ſont qu'une maniere de procéder, pour l'exécution d'un titre, maniere qui étoit, & qui eſt encore toute réelle, puiſqu'il ne s'agit que de la ſaiſie des immeubles.

En effet, quand il ne s'agit que d'une ſaiſie mobiliaire, il eſt indifférent de ſavoir où l'exécution ſe fait, d'où le titre eſt émané, où eſt le domicile du débiteur, puiſqu'il n'eſt queſtion que d'une ſaiſie de meubles qui n'eſt prohibée en aucun endroit, & ſur leſquels le créancier a droit de ſe venger, ſoit en commençant, ſoit même dans le courant des contraintes : car quoique les meubles n'aient pas ſuite par hypotheque, quand ils ſortent des mains du propriétaire, il eſt pourtant vrai qu'ils ſont comme les immeubles la ſureté du créancier; que l'on

peut ſe pourvoir également ſur les uns comme ſur les autres, tant que le débiteur en eſt propriétaire : c'eſt pourquoi les Notaires dans leur ſtyle ne manquent jamais de mettre, que les débiteurs affectent leurs meubles & immeubles, pour ſureté de la créance qu'ils contractent.

La difficulté n'eſt donc que quand on veut ſaiſir directement, & de plein ſaut les immeubles. Or, c'eſt pour lors qu'il eſt néceſſaire de ſavoir quelle eſt la Loi qu'il faut ſuivre : ſera-ce celle où le contrat a été paſſé ? ſera-ce celle du domicile du débiteur ? ſera-ce celle de la ſituation de l'héritage ?

Par tout ce que nous venons de dire, il eſt facile de voir que ce ne peut pas être celle du lieu d'où le titre eſt émané, non plus que celle du domicile du débiteur, puiſque l'on ſuppoſe que l'héritage n'y eſt pas ſitué, & que par conſéquent l'exécution du titre ne ſe fait, ni dans l'un, ni dans l'autre endroit; ce ne peut donc être que celle de la ſituation de l'héritage, puiſque c'eſt l'héritage que l'on ſaiſit, & que c'eſt par conſéquent le lieu de l'exécution.

On peut ajouter à cela que la néceſſité de diſcuter le mobilier, avant que de ſe venger ſur l'héritage, eſt une diſpoſition réelle qu'il faut remplir avant que de ſe venger ſur les immeubles.

L'héritage, comme dans le cas de la demande en déclaration d'hypotheque, a droit de ſe défendre & de ſe maintenir entre les mains de celui qui en eſt propriétaire, juſqu'à ce que le créancier, par une diſcuſſion du mobilier, ait conſtaté qu'il ne peut être payé que ſur les immeubles, & cela encore que le domicile du débiteur fût en Coutume qui n'exige aucune diſcuſſion.

Mais ce principe, que lorſqu'il s'agit de mettre à exécution des contrats, il faut ſuivre la Loi de la ſituation où ſe fait l'exécution, doit être entendu avec certaines précautions, & il faut craindre de prendre pour un mode d'exécuter, ce qui n'en eſt pas effectivement. Par exemple, Balde ſur la Loi premiere, quæſt. 4, C. *ne filius pro patre*, propoſe deux eſpeces qui paroiſſent aſſez ſemblables, & qu'il décide néanmoins différemment : *dicit Statutum, inſtrumenta, ubi eſt præceptum Garentigiæ, mandentur executioni viſo inſtrumento, & citatione non præmiſſâ : numquid habet locum in inſtrumentis factis extra territorium ?* Voilà la premiere eſpece. Voici la ſeconde. *Quid ſi*

*in*

*in loco executionis nulla poteſt opponi exceptio, quantumcumque peremptoria, numquid, ſi inſtrumentum eſt factum extra territorium, poterit opponi exceptio?* Ces deux eſpeces paroiſſent ſuſceptibles de la même déciſion. Il s'agit, dans l'une & l'autre eſpece, d'exécution de titre. Dans la premiere eſpece, le titre s'exécute à la ſeule inſpection, & ſans citation préalable. Dans la ſeconde, il s'exécute ſans admettre aucune exception, quelque péremptoire qu'elle ſoit. Cependant Balde ne les décide pas de la même maniere. Quant à la premiere eſpece, il dit d'abord, par forme de doute, qu'il ne paroîtroit pas que le titre dût être exécuté ſans citation, & à la ſeule inſpection. Il décide néanmoins le contraire. *Tu dic è contra; quia procedere, ordine prætermiſſo, eſt quidam ordo irregularis, nam ordo eſt non ſervare ordinem in talibus, ſed quantum ad ordinem, inſpicimus locum judicii, ſive loquamur de ordine proceſſûs, ſive de ordine executionis.* Ainſi, dans cette premiere eſpece, Balde décide pour la Loi où ſe fait l'exécution; & quant à la ſeconde, il décide que l'exception péremptoire peut être reçue, *quia hoc pertinet ad deciſionem cauſæ;* & ainſi il décide contre la Loi où ſe fait l'exécution. *Reſpondeo ſic, quia hoc pertinet ad deciſionem cauſæ, & ideo inſpicimus locum in quo ſit contractus.*

Ces deux déciſions différentes ſont fondées ſur une diſtinction où le Statut ne diſpoſe que de la ſimple exécution, *de mero modo procedendi*, & l'on ſuit la Loi où l'on procede par exécution, *tangendo meritum cauſæ, ut puta, impediendo oppoſitionem exceptionum etiam peremptoriarum*, & pour lors *non attenditur locus executionis.*

Je trouve dans Gottlieb Gerhard Titius, en ſon Traité *de Conflictu Statutorum*, une diſtinction toute ſemblable. Il propoſe la queſtion dans une Coutume où la preſcription a lieu contre le titre, lorſque le créancier n'a point agi dans un certain temps, & il blâme fort une Sentence rendue en Friſe, où l'on avoit jugé qu'un contrat paſſé en Hollande, où telle preſcription n'a pas lieu, ne pouvoit plus être exécutée en Friſe, après deux années de ſilence & d'inaction de la part du créancier, & il fonde ſa critique ſur ce que le temps d'agir, pendant l'exécution d'un contrat, plus, ou moins long, *non tangit modum ſimplicem procedendi, ſed tangit meritum cauſæ*, & que la preſcription tendant à détruire & anéantir un contrat, c'eſt

la Loi du lieu où il a été paſſé, qu'il faut conſidérer. *Nam*, dit-il, *præſcriptio utique ad contractum & merita cauſæ pertinet, non ad proceſſum. Creditori enim in Hollandia, jus conſtans præſcriptionis biennii non elidendum erat.....*

Je ne ſaurois ne pas adopter le principe de Gerhard Titius; mais je ne puis adopter l'application qu'il en fait dans le cas de la preſcription.

En effet, quand on excipe de la preſcription, on n'attaque pas le contrat en lui même; on le reconnoît bon & valable dans ſon principe & dans ſon eſſence; mais on ſoutient ſeulement que le créancier ne vient pas dans le temps preſcrit par la Loi du débiteur, ce qui ne donne pas atteinte au titre en lui-même, mais à l'action qui eſt un nouvel acte, & qui ne concerne que *modum procedendi.* En vain diroit-on que la preſcription eſt *exceptio peremptoria*, & que, ſelon la déciſion de Balde, *exceptio peremptoria pertinet ad deciſionem cauſæ;* il faut entendre cela d'une exception péremptoire, qui tomberoit ſur le contrat, au lieu que dans l'eſpece, l'exception ne tombe que ſur l'action & la procédure intentée.

Nous avons des Coutumes qui, quant à ce qui regarde le douaire, ſaiſiſſent la douairiere ſans aucune formalité, & d'autres qui exigent quelques formalités.

On demande ce qu'il faut décider dans le cas où un homme qui eſt domicilié dans une Coutume où le douaire ſaiſit, a ſes biens en Coutumes qui ne ſaiſiſſent pas. J'ai traité cette queſtion en l'Obſervation 37.

Nos Coutumes permettent encore aux maris & femmes de s'avantager; mais dans l'exécution, elles exigent différentes formalités pour entrer, ſoit en jouiſſance, ſoit en propriété; & à cet égard, comme les meubles & les immeubles peuvent entrer dans ces ſortes d'avantages, je dis d'abord que par rapport aux immeubles, je ne crois pas que l'on puiſſe ſuivre d'autres formalités que celles preſcrites par la Loi du lieu de la ſituation, ſoit qu'il s'agiſſe d'une propriété, ſoit qu'il ne s'agiſſe que d'un ſimple uſufruit.

Quant aux meubles, comme la donation eſt ordinairement remiſe après le décès, & à exécuter ſur les meubles qui ſe trouveront en ce moment, que par conſéquent elle participe de la donation à cauſe de mort, & de celle entre vifs; c'eſt, à la

vérité, le moment du contrat de donation qui lie & engage les conjoints ; mais c'eſt le lieu du domicile, au jour du décès, qui regle les meubles, & par conſéquent il faut ſuivre les formalités preſcrites par la Loi du domicile, pour ſe mettre en poſſeſſion d'iceux. Voyez *l'Obſervation* 35.

Nos Coutumes accordent des Droits de retrait lignager, de garde-noble & bourgeoiſie ; mais elles exigent, pour y parvenir, différentes formalités. Je crois, en ſuivant la rigueur des principes, que s'agiſſant de droits réels, on ne devroit pas, dans l'exécution, exiger d'autres formalités, que celles preſcrites par la Loi de la ſituation ; mais voyez, à cet égard, ce que j'ai dit ſur la Garde, *Obſerv.* 39.

Voici encore une autre preuve, pour montrer que quand il s'agit de pure exécution, il faut ſuivre les Loix du lieu où ſe fait l'exécution. Cet exemple eſt tiré des Lettres de change.

Les Auteurs qui ont traité cette matiere, conviennent qu'il y a deux choſes à conſidérer en fait de Lettres de change : la premiere, qu'ils appellent *ad implementum inchoatum*, c'eſt l'acceptation : la ſeconde, qu'ils appellent *ad implementum abſolutum*, c'eſt le paiement. Or la Lettre de change peut n'être pas acceptée, ou ayant été acceptée, peut n'être pas payée ; & dans ces circonſtances, le protêt eſt une formalité à pratiquer par celui qui eſt porteur de la Lettre de change.

Mais entre les différentes Nations, les délais pour le protêt & le recours en garantie, ne ſont pas les mêmes. Il y a des endroits qui donnent plus ou moins de délais.

Dans un Livre intitulé, *Inſtruction ſur les Lettres de Change*, on nous aſſure qu'à Londres les protêts doivent ſe faire trois jours après l'échéance ; & ſi le troiſieme jour eſt férié, on le fait la veille. A Veniſe ſix jours après l'échéance, ſuppoſé que la Banque ſoit ouverte ; car on ne paie qu'en Banque. A Gênes, trente jours après l'échéance.

Dans d'autres endroits il n'y a point de temps preſcrits, à Milan, par exemple ; de même à Boulogne & à Livourne.

On demande d'abord de quel endroit il faudra emprunter les délais du protêt. Si ce ſera de l'endroit d'où la Lettre de change eſt tirée, ou de l'endroit où elle doit être acceptée & payée. Nos Auteurs décident pour ce dernier endroit, & veulent que *locus contractûs dicatur ille ad quem litteræ fuerunt deſtinatæ & receptæ, non autem in quo fuerunt ſcriptæ. Quia per lit-*

*teras acceptatas dicitur facta quasi quædam copulatio consensûs duorum, simultanei. Mascardus, concl.* 7, *n.* 72 ; & c'est ce qui a été jugé par Arrêt rapporté par Dupuy, en son Traité de l'Art. des Lettres de Changes, *chap.* 14, *pag.* 148 : en voici l'espece.

Le 13 Mars 1664, Robillard & Raynard fournirent une Lettre de change de 1666 écus, & deux tiers de Florence, changés à 75 écus de Florence, pour 100 écus de 3 livres de Lyon, payable à dix jours de vue, au sieur Horace Marucelly de Florence, par Jean-Paul Prades, Banquier à Florence, valeur des sieurs Gallon.

Le 20 du même mois de Mars, les freres Simonet fournirent pareillement aux sieurs Gallon une Lettre de change de 1200 écus de 3 livres de Lyon, payable à dix jours de vue, au même Horace Marucelly, par le même Jean-Paul Prades.

Le 27 du même mois, les sieurs Robillard & Raynard fournirent encore aux sieurs Gallon une Lettre de change de 2000 écus de France, chargés à 75 & demi écus de Florence, pour 100 écus de France, payable à dix jours de vue, audit sieur de Marucelly, par le même Jean-Paul de Prades.

Celle du 13 Mars fut acceptée le 26 Mars
Celle du 20 Mars fut acceptée le 2 Avril } 1664.
Et celle du 27 Mars fut acceptée le 9 Avril

Elles furent toutes trois protestées, faute de paiement, le 22 Avril suivant. Prades s'étoit absenté le jour précédent, à cause du désordre de ses affaires, & ces Lettres furent renvoyées à Lyon, aux sieurs Gallon ; ce qui donna lieu à l'action en garantie qu'ils intenterent en la Conservation, le 8 Mai 1664, tant contre les sieurs Robillard & Raynard, que contre les freres Simonet, pour en être rembourses avec le retour & frais du protêt.

Robillard, & Raynard, & les Simonet, soutenoient que les protêts n'avoient pas été faits dans le temps, & qu'il y avoit un intervalle de temps de négligence, depuis l'échéance jusqu'au protêt, qui rendoit Marucelly responsable de la banqueroute de Prades, qui avoit accepté, & qu'ainsi l'on n'avoit aucun recours contre eux.

Mais les sieurs Gallon ayant demandé à faire preuve par Enquête, que l'usage à Florence étoit, 1°, qu'en acceptant une Lettre de change, celui qui l'accepte, met seulement *accepté ;* & que quand elle est à tant de jours de vue, il met la date de l'acceptation, & ne signe pas.

2°. Que le jour de l'acceptation ne ſe compte pas, & que le terme ne commence que du jour ſuivant.

3°. Que le jour de l'échéance appartient tout au débiteur; qu'on ne peut le contraindre au paiement ce jour-là, & partant que lorſque le terme tombe un Samedi, ſoit qu'il ſoit fête ou non, on ne paie pas ces Lettres le Samedi; mais que le paiement en eſt différé au Samedi ſuivant, parce que les Lettres de change ne ſe paient que le premier Samedi après l'échéance des Lettres de change, auquel jour on ordonne les bilans.

4°. Qu'à Florence les paiements des Lettres de change parmi les Banquiers & gens d'affaires, n'ont accoutumé d'être faits que par le moyen de la Banque Giro, tenue par un Banquier qui eſt élu à temps par le Grand-Duc, que par le moyen des bilans qu'on préſente à cette Banque le Samedi, le maître de Banque a juſqu'au Mardi ſuivant pour vérifier les bilans, & déclarer s'il veut allouer les parties qui ſont demandées dans les bilans.

5°. Que lorſque le maître de la Banque ne veut pas allouer les parties qui ſont demandées dans les bilans, il en fait la notification pour tout le Mardi ſuivant; qu'en conſéquence, celui qui a donné le bilan, eſt tenu de rayer les parties refuſées, & ne peut contraindre le maître de la Banque à les paſſer pour bonnes, & qu'enſuite on fait le protêt.

6°. Que le Samedi-Saint on ne préſente pas les bilans à la Banque Giro, & que l'on ne paie pas les Lettres de change; mais qu'on retarde juſqu'au Samedi ſuivant.

La preuve de tous ces uſages fut ordonnée par Sentence de la conſervation du 5 Août 1664, & les ſieurs Gallon firent voir que, ſuivant l'uſage de Florence, le premier Samedi après l'échéance de la Lettre de change, du 13 Mars, & de celle du 20 Mars, étoit le Samedi-Saint, jour férié à Florence, ce qui renvoyoit au Samedi 19 Avril, pour donner le bilan, & au Mardi 22 Avril pour le protêt. Sur l'appel de cette Sentence qui avoit ordonné l'enquête, la Cour évoqua le principal, & par Arrêt de 1668 (daté dans Dupuy, *pag.* 147, du 21 Février, & *pag.* 152, du 28) Robillard, & Raynard, & les freres Simonet furent condamnés à payer le contenu aux Lettres de change, avec les intérêts depuis le protêt.

L'on voit par cet Arrêt que la Cour a jugé que la validité d'un protêt dépendoit de l'uſage du lieu où il a été fait: Savary,

*Parere* 51, *pag.* 634, dit en termes formels, qu'il faut ſuivre l'uſage des lieux, ſur leſquels les Lettres de change ſont tirées, & non celui des lieux d'où elles ſont tirées: on peut voir à ce ſujet l'Arrêt du 12 Août 1681, où l'on préſuppoſoit la maxime comme indubitable; ainſi il importe de ſavoir les différents uſages.

Il y a dans ladite Ville de Lyon un uſage, tant avant que depuis l'Ordonnance du mois de Mars 1673, qui eſt que pour les Lettres de change tirées ſur Lyon, à jour certain & préfix, les dix jours de grace portés par *l'art.* 4, *du tit.* 5 de ladite Ordonnance, n'ont point lieu; il n'eſt accordé aucun jour de grace pour le paiement deſdites Lettres de change tirées à jour préfix, & elles doivent être payées ou proteſtées, en cas de refus de paiement le lendemain par le porteur, ſous peine d'être déclaré non-recevable dans ſon recours & garantie contre le tireur & l'endoſſeur; en conſéquence de cet uſage il eſt intervenu un Arrêt du 26 Janvier 1726, entre François Darius, Banquier à Paris, appellant d'une Sentence des Conſuls de Paris, du 5 Janvier 1725, & Edmé Pignard, Agent de change, intimé: Darius avoit été par ladite Sentence condamné à payer audit Edmé Pignard la ſomme de 4500 livres, portée par une Lettre de change, par lui tirée & endoſſée, proteſtée à Lyon, avec le profit & intérêts, à compter du jour du protêt; cette ſomme étoit payable à jour préfix, & le protêt en avoit été fait dans les dix jours de grace, & non le lendemain du jour préfix.

Darius, avoit pour éviter un empriſonnement de ſa perſonne, payé proviſoirement ladite ſomme de 4500 livres, avec proteſtation. Sur l'appel l'appellation & ce furent mis au néant, émendant ledit Pignard fut déclaré non recevable dans ſa demande, condamné à rendre & reſtituer ladite ſomme de 4500 livres, avec dépens, & faiſant droit ſur les concluſions du Procureur-Général du Roi, il eſt ordonné que l'Arrêt ſera lu, publié & affiché par-tout où beſoin ſera, & copies collationnées envoyées aux Bailliages & Sénéchauſſées du reſſort, pour y être lues, publiées & enrégiſtrées: enjoint, &c.

Quant aux délais pour le recours, contre les endoſſeurs, voyez *l'Obſerv.* 20.

Pour traiter entiérement la matiere des formalités, il eſt néceſſaire, après avoir parlé de celles requiſes dans l'exécution

des contrats, de parler encore de celles qui doivent être obſervées dans l'ordre de la procédure, & des regles qu'il faut ſuivre pour parvenir aux jugements : ce que nous allons dire ſervira d'autant plus à éclaircir ce que nous venons d'expoſer; les formalités de l'exécution & celle des jugements étant fort connexes; ce ſera comme une continuation du même titre, *nam executio dicitur de ordinatoriis, ſive loquamur de ordine proceſſûs, ſive de ordine executionis.* Maſcardus, *loc. cit.*

## Formalités Judiciaires.

Tout ce que nous avons dit ci-deſſus ſur l'exécution des contrats, regarde les contrats qui ont par eux-mêmes une exécution parée.

Mais ſouvent nous avons des titres, qui n'étant, ni publics, ni authentiques, n'ont pas d'exécution par eux-mêmes; ſouvent encore nous n'avons pas de titre, mais de ſimples actions à diriger en Juſtice pour parvenir à obtenir des condamnations qui nous procurent une exécution parée.

Delà il eſt néceſſaire de traiter des formalités qui ſont à obſerver pour obtenir ces jugements de condamnation, & des regles que les Juges doivent ſuivre pour la déciſion des conteſtations, & pour rendre une Juſtice exacte à toutes les parties.

Pour traiter cette matiere, il faut ſe rappeller la diſtinction que nous avons touchée légérement, entre ce qui regarde l'inſtruction & la maniere de procéder, & ce qui regarde le principe de déciſion de la conteſtation, *inter judiciorum ordinatoria & litis deciſoria.*

On appelle *ordinatoria, vel præparatoria judiciorum, ea quæ nihil aliud concernunt, niſi formam, & ſolemnitates proceſſûs judicialis, antequam deveniatur ad Sententiam, vel ad effectum judicati, ſeu inſtrumenti executivi, quo mediante, victor recipit quod ſibi debetur.*

On appelle *deciſoria litis, quæ definiunt, & determinant materiam litis principalis. Colerus ad C. quod clerici 9. de foro competente, n. 67 & ſuiv.*

A l'égard du principe de déciſion, *quantum ad litis deciſoria*, il ſe tire, ou de la Loi du lieu du contrat, ou de la Loi de la ſituation, ou de la volonté préſumée des parties, lorſqu'elles ont contracté enſemble, &c. en un mot, la Loi ſeule de la Ju-

riſdiction n'y influe point comme telle. *Diverſitas fori non debet meritum cauſæ variare*, dit Mᵉ Ch. du Molin, ſur *l'art.* 36 de la Coutume du Bourbonnois, & telle eſt la diſpoſition de l'Ordonnance des évocations, voyez ce qui eſt dit en *l'Obſervation* 46, ſur la Loi du contrat.

A l'égard des formalité judiciaires, *quantum ad litis ordinatoria*, la regle eſt de ſuivre la procédure & les uſages obſervés dans le lieu où l'on plaide; *omnibus cæteris poſthabitis*, dit Strick, *de princ. jur. in ali. territ. exerc. Quibus ordinatoriis tanquam quæ pro formâ, & ſubſtantiâ judiciorum ſunt introducta, omiſſis, & neglectis, ..... judicium redditur fruſtratorium & inutile*, dit *Coler. loc. cit.*

Le Concile de Trente, *ſect.* 5, *cap.* 2, *de reformat. in fine*, veut que ſi un Prédicateur de l'Evangile enſeigne quelque héréſie, l'Evêque du lieu lui faſſe ſon procès, *ſecundùm juris diſpoſitionem, aut loci conſuetudinem.*

C'eſt pourquoi le ſtyle d'une Juriſdiction *pro lege eſt*, diſent nos Auteurs : c'eſt encore ce que dit Burgundus, *tract.* 7, *n.* 5. *Sunt quædam quæ judicia ipſa reſpiciunt, ſicuti contextus litis, qui ſemper exigitur ſecundùm conſuetudinem loci, ubi ventilatur.*

Auſſi Aufrerius, ſur le ſtyle du Parlement, *cap.* 2, *de adjornamentis*, aſſure que c'eſt l'avis de tous nos Docteurs : *communis eſt omnium Sententia ut ſerventur conſuetudines & leges fori, cùm quæritur de ordinanda lite;* d'où il forme cette déciſion, *quid ſi in foro actoris eſt una, in foro rei alia, & in foro judicis alia, concludo quod ſervabitur conſuetudo fori in quo agitur.*

Ainſi lorſqu'une femme domiciliée à Paris, ſe fait ſéparer de biens, elle doit obſerver les uſages du Châtelet, & ſa ſéparation ſera exécutée pour les biens en Normandie; encore que les formalités preſcrites par le Réglement du Parlement de cette Province, n'aient point été obſervées.

Que ſi la ſéparation étoit pourſuivie en Normandie, & qu'on n'y eût pas obſervé les formalités du Réglement, elle ſeroit nulle, même à Paris.

Ce Réglement, entre autres diſpoſitions, porte que les Lettres obtenues, afin de ſéparation, ſeront publiées ès lieux accoutumés à faire criées & proclamation.

La néceſſité de cette publication ordonnée, a fait naître une conteſtation aſſez particuliere, rapportée par Baſnage, *art.* 391, qui tombe dans nos queſtions mixtes.

Le

Le Gendre & Marie Boulais ſa femme demeuroient à Paris; on ne dit pas qu'ils fuſſent Marchands: la femme ſe fit ſéparer de biens; depuis étant retournés à Caen, ils y demeurerent, ſans faire paroître, par aucune action, qu'ils étoient ſéparés: de Noyon & Penon, créanciers du mari, ayant fait ſaiſir leurs meubles, la femme, en qualité de femme ſéparée, en demande la main levée, ſoutenant que nonobſtant ſa demeure en Normandie, ſa ſéparation étoit valable, puiſqu'elle avoit gardé toutes les formes requiſes, ſuivant l'uſage de Paris, où elle avoit alors ſon domicile, & que lorſqu'il s'agit de ſolemnités, on n'eſt obligé de garder que celles du lieu où l'acte a été paſſé. Au contraire, les créanciers prétendoient que l'on ne devoit y avoir aucun égard, cette ſéparation n'ayant pas été publiée à Caen, qu'ils avoient contracté de bonne foi avec le mari, le croyant maître des meubles, ſuivant la Coutume de cette Province; qu'en tout cas elle devoit rendre ſa ſéparation notoire, en mettant ſon nom au Tabellionage: le Juge de Caen avoit prononcé *à bonne cauſe* l'exécution faite, faute d'avoir fait enrégiſtrer le Jugement de ſéparation au Bailliage de Caen. Sur l'appel on mit les Parties hors de Cour, par Arrêt du 16 Décembre 1658. On objectoit à la femme, 1°, qu'elle n'avoit point fait d'inventaire, ſuivant l'uſage de Paris. 2°, Que bien qu'il ne ſoit pas néceſſaire, lorſque la ſéparation a été jugée dans une autre Coutume, où les conjoints avoient leur domicile, de réitérer les formalités requiſes par nos Réglements, lorſqu'ils viennent demeurer en Normandie, néanmoins il faut rendre la ſéparation notoire, en la faiſant lire aux Aſſiſes, ou en mettant les noms au Tabellionage.

J'ai de la peine à me rendre à cette déciſion: la ſéparation étoit parfaite dans ſon principe, & ſans doute exécutée par un procès-verbal de vente des meubles, au profit de la femme; ſi ſon mari tranſporte depuis ſon domicile ailleurs, ce tranſport ne ſauroit nuire au droit acquis par la femme, en la propriété des meubles. C'étoit aux créanciers à connoître la condition du mari avec qui ils contractoient. La publication des Lettres de ſéparation, eſt une formalité de la ſéparation à laquelle des Bourgeois de Paris, qui ne ſont point Marchands, ne peuvent être aſtreints; & quand un acte eſt, dans le principe, revêtu de ſes formes, il a lieu par-tout, ſans autre nouvelle formalité. Voyez *l'Obſerv.* 34. Le défaut d'inventaire n'é-

toit pas à oppoſer. Une femme qui ſe fait ſéparer de biens à Paris, eſt, à la vérité, obligée de renoncer à la communauté, mais non pas de faire inventaire : elle n'eſt en poſſeſſion de rien.

Les Lettres de bénéfice d'inventaire, entérinées ſuivant l'uſage des lieux où la ſucceſſion eſt ouverte, ont leur effet pour les biens ſitués en Normandie, où il faut d'autres formalités.

J'ai eu occaſion de ſavoir que cette déciſion ne ſeroit pas goutée en Normandie : ceux de cette Province ſont intimement attachés à l'*art.* 86 de leur Coutume, qui exige un grand nombre de formalités, avant que l'héritier puiſſe ſe dire héritier bénéficier, & puiſſe jouir des prérogatives de cette qualité ; mais j'eſtime que leur ſcrupule n'eſt pas ſelon les regles.

En effet, un homme qui, dans la Coutume du domicile d'un défunt, remplit les formalités requiſes dans ce domicile, eſt inconteſtablement héritier par bénéfice d'inventaire dans cette Coutume, & cette qualité ſe porte néceſſairement dans toutes les autres Coutumes ; il répugneroit que cet homme fût héritier bénéficier à Paris, & ne le fût pas en Normandie.

Quand le Prince a accordé ce bénéfice, il réſide ſur la tête, & dans la perſonne du bénéficier : c'eſt une eſpece d'état & de condition d'être héritier par bénéfice d'inventaire, comme d'être héritier pur & ſimple, & cet état & cette condition ſe portent par-tout. Un héritier bénéficier, ou pur & ſimple, eſt tel dans toutes les Coutumes où il peut être héritier, & il y auroit de l'abſurdité qu'il fût obligé à toutes les formalités des différentes Coutumes où les biens pourroient être ſitués, pour obtenir une qualité qui eſt une & indiviſible.

La création du curateur établi à une ſucceſſion vacante, ſuivant les uſages des lieux, aura lieu en Normandie, où l'uſage eſt de prendre une Sentence de contumace. M. Froland, *liv.* 1 *de ſes Mémoires ſur les Statuts, pag.* 138.

De ce principe qu'il faut ſuivre la procédure de la Juriſdiction où l'on plaide, il ſemble qu'il faut dire que cette procédure s'éteint & ſe périme ſuivant la Juriſprudence du lieu où l'inſtance étoit pendante ; de ſorte que ſi l'inſtance étoit pendante en Bretagne, où, ſuivant le témoignage de Hévin, la péremption n'a lieu que dans le concours de la preſcription de l'action, pour ne pas expoſer les Parties aux frais d'un renouvellement d'inſtance, dans le temps que l'action ſubſiſte tou-

jours. L'inſtance intentée en Bretagne, entre gens même qui n'y ſeroient pas domiciliés, ſubſiſtera tant que l'action elle-même ſubſiſtera; au lieu que ſi l'inſtance étoit entre des domiciliés de Bretagne, & qu'elle fut intentée dans l'étendue du Parlement de Paris, où l'Ordonnance de Rouſſillon, pour la péremption, eſt tout autrement entendue qu'en Bretagne; l'inſtance demeureroit périe par trois ans de ceſſation de procédures, excepté le cas où il arrive quelque décès, ou quelque changement dans l'état des Parties, excepté auſſi les procès, ou inſtances appointées au Parlement.

Tout cela eſt fondé ſur ce que cette péremption d'inſtance ne détruit pas l'action. *Non eſt litis deciſoria.* Elle détruit ſimplement l'inſtance, quand elle n'eſt point jointe à la preſcription de l'action.

Par une ſuite de ces principes, il faut dire que ſi des biens ſitués en Bretagne, étoient ſaiſis réellement, & la ſaiſie réelle pendante au Châtelet de Paris, telles ſaiſies ne ſe périmeroient que conformément à la Juriſprudence du Châtelet, & non ſuivant celle du Parlement de Bretagne, où les ſaiſies réelles ſe périment par an & jour, quand elles ne ſont pas certifiées. Perchambaut, en ſa petite Coutume de Bretagne, *article* 200.

Mais que faudroit-il dire, s'il s'agiſſoit d'une péremption d'inſtance qui emporte la cauſe, non par la preſcription de l'action, mais par la force d'une Loi qui, en conſéquence de la péremption, prononce une déchéance de l'action?

Par exemple, il eſt dit par un Réglement du 28 Mars 1692, du Parlement de Paris, que les appellations tomberont en péremption, & emporteront de plein droit la confirmation des Sentences, ſi ce n'eſt qu'en la Cour les appellations ſoient conclues, ou appointées au Conſeil.

Au contraire, en Bretagne la péremption de l'appel n'a lieu que quand elle concourt avec la preſcription de l'action, & l'on a la faculté de pourſuivre ſur l'appel, tant que l'action ſubſiſte.

Cela ſuppoſé, ſi l'appel eſt interjetté d'une Sentence rendue au Châtelet de Paris, contre un domicilié en Bretagne, ou ſi l'on veut, contre un domicilié à Paris, mais à l'occaſion de biens ſitués en Bretagne, faudra-t-il ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Paris, ou celle du Parlement de Bretagne?

Il eſt certain qu'un pareil Réglement, *non pertinet ad merum modum procedendi, ſed tangit merita cauſæ.*

Maſcardus *de Gener. Statut. interpret. concl.* 6, *n.* 197, le décide ainſi dans le cas de la déſertion de cauſe, *deſertio cauſæ non ad ordinatoria, ſed ad deciſoria pertinet;* & cette déciſion eſt ſans replique, quand une Loi préciſe prononce dans ce cas une déchéance de toute action.

Joannes Faber, *C. de ſumm. Trinit. n.* 27, forme une demande aſſez approchante de celle-là, *quid ſi ſit conſuetudo pro utilitate defectuum: ſicut in curia Franciæ,* & il répond, *ad litis ordinationem, quamvis tamen ad hoc, decidatur cauſa.*

Ces deux Auteurs ſemblent ſe contredire. Ils conviennent, à la vérité, l'un, que *deſertio cauſæ*, & l'autre, que *utilitas defectuum cauſam decidunt;* mais, ſelon le premier, *deſertio cauſæ ad deciſoria pertinet;* &, ſelon le ſecond, *cauſa quidem decidit, & tamen pertinet ad ordinatoria;* mais il eſt facile de faire ceſſer cette apparence de contradiction, en diſtinguant des choſes ordinatoires purement & ſimplement, & d'autres qui ſont encore déciſoires, comme nous l'allons dire dans un moment.

Dans ces circonſtances, quelle Loi ſuivra-t-on pour la déciſion de l'eſpece que je viens de propoſer? Sera-ce le Réglement du Parlement de Paris? La cauſe eſt décidée. Sera-ce la Juriſprudence du Parlement de Bretagne? La cauſe eſt entiere.

M^e Ch. du Molin, par la Note qu'il a miſe ſur Joannes Faber, nous donneroit à entendre qu'il faudroit ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Bretagne: car il reſtreint la déciſion de cet Auteur, pour n'avoir lieu qu'*inter ſubditos.*

Ainſi comme nous ſuppoſons que l'Appellant eſt domicilié en Bretagne, ou que ſes biens y ſont ſitués, & que par conſéquent, ſoit la perſonne, ſoit les biens, ne ſont pas ſoumis aux Loix de Paris, en ce qui touche la déciſion de la cauſe, il faudroit dire que ce ne ſeroit pas le cas d'admettre aucune péremption emportant de droit une déchéance de l'action.

En effet, l'on ne conçoit guères comment un Statut pourroit avoir l'autorité & la force d'éteindre & de périmer une action qui eſt ſoumiſe à d'autres Loix.

Je me perſuade que cette eſpece portée au Parlement de Paris, paroîtroit fort nouvelle, & je ne voudrois pas aſſurer qu'elle

réuſsît, & que l'on admît à plaider ſur un appel tombé en péremption, entre quelque perſonne que ce fût, & quelque ſituation qu'euſſent les biens. L'Arrêt qui interviendroit ne ſeroit pas même ſujet à caſſation; il ne ſtatueroit que ſur une ſimple queſtion de droit.

Pour développer de plus en plus cette matiere, il faut admettre avec tous nos Auteurs, qu'entre les Statuts, il y en a qui ſont ſimplement ordinatoires, & d'autres qui ſont déciſoires, & cette diſtinction eſt non-ſeulement utile, mais abſolument néceſſaire.

En effet, entrons dans les Tribunaux, & examinons les choſes par gradation; nous trouverons d'abord qu'il n'y a pas de prétention qui n'ait ſes regles & ſes principes de déciſion avant même qu'elle ſoit portée en Juſtice.

Mais quand de la prétention on paſſe à la demande judiciaire, cette demande doit être conduite & dirigée par une certaine forme & certains préceptes de procédure pour parvenir à obtenir un jugement, & ce jugement doit faire application des principes de déciſion; il faut donc néceſſairement admettre deux choſes dans une conteſtation judiciaire, *ordinatoria litis, & deciſoria litis.*

Mais ſi cette diviſion porte avec elle-même une ſorte de lumiere, il faut convenir qu'elle a ſes ténebres & ſes obſcurités.

En effet, ce que nous appellons purement & ſimplement, *ordinatoria litis*, ne conſiſte que dans un ſimple ſtyle, une ſimple conduite de procédure, une maniere d'inſtruire une action qui ne change en rien la ſubſtance de l'action & le principe qui doit en faire la déciſion: qu'importe, par exemple, que les demandes verbales, ſoient commencées comme au Châtelet, par ces termes, *à venir plaider au premier jour au Parc Civil du Châtelet*, par M.... Procureur de.... ſur la Requête de M.... Procureur de.... ou bien comme au Parlement, par ces termes, *à Noſſeigneurs du Parlement, ſupplie humblement, &c.* Ces formalités ſont fort indifférentes en elles-mêmes: il ſuffit que la partie adverſe qui doit défendre, & le Juge qui doit décider, connoiſſent clairement les demandes formées dans le cours de la conteſtation.

Il en eſt de même de certains uſages de procéder particuliers à chaque Juriſdiction: par exemple, dans certaines Juriſdictions, on pourra enchérir par ſoi-même, dans d'autres, par Pro-

cureur : que l'adjudication ſe faſſe au Greffe, au Parquet, à l'Audience, ou à l'Hôtel du Juge, ce ſont des manieres de procéder autoriſées par l'uſage, & il n'y a pas de difficulté que ſoit ſtyle, ſoit uſage, c'eſt la Juriſdiction qui en décide.

Mais, *inter ordinatoria judicii*, il y en a qui emportent nullité de la procédure, & entre ceux-là il y en a qui ſont vraiment déciſoires de l'action même & du droit que l'on a d'agir; & il y en a qui ne touchent pas à l'action, mais ne frappent que ſur la procédure : par exemple, j'ai commis quelque nullité dans la procédure d'un décret que j'ai commencé, d'un héritage appartenant à mon débiteur : ma procédure eſt nulle; mais je puis recommencer mon action.

Au contraire dans le cours de l'inſtruction d'une demande en retrait lignager, j'obmets quelques formalités que la Loi de la ſituation exige; mais que la Loi de la Juriſdiction n'exige pas : je ſuis déchu du retrait, il eſt donc vrai qu'*inter ordinatoria*, il y en a qui ſont déciſoires de la ſimple procédure, & d'autres déciſoires de l'action même, & cela procede des différentes Loix, dont les unes ne prononcent que la nullité de la procédure, & les autres frappent ſur l'action même.

Mais les Loix ne s'expliquent pas toujours ſi clairement, qu'il ſoit facile de décider ce qui eſt ſimplement ordinatoire & ce qui eſt déciſoire, & même ce qui eſt tout à la fois ordinatoire & déciſoire.

Par exemple, dans certaines Coutumes, nonobſtant l'adjudication faite judiciairement d'un fonds & héritage, il eſt permis d'enchérir juſqu'à ce que le Décret ait été ſigné & ſcellé, & l'on n'eſt déchu de ce droit qu'après la ſignature & le ſcel appoſé au Décret; mais dans d'autres Coutumes, & ſelon le Droit général, l'adjudication une fois prononcée, exclut de toute enchere.

Dans certaines Coutumes, on peut former oppoſition à la vente judiciaire d'un héritage, à l'effet d'être conſervé dans tous ſes droits, juſqu'à l'ordre fait & parfait; dans d'autres cette oppoſition n'eſt admiſe que juſqu'au Décret ſigné & ſcellé.

Ces ſortes de diſpoſitions doivent-elles être placées, *inter ordinatoria*, ou *inter deciſoria?* c'eſt ce qui peut partager avec inquiétude les parties & les Juges mêmes.

Enfin quand on pourroit les ranger dans certaine claſſe, il reſteroit toujours à décider de quelle Loi elles dépendent,

de celle de la ſituation, ou de celle du lieu où l'on plaide.

Dans cette ambiguité, voici ce que j'ai penſé, & qui m'a paru le plus ſatisfaiſant. Quand ces Statuts ne reglent que le ſtyle & certains uſages de procédure ſans prononcer de nullités, on ne voit pas les difficultés qui pourroient en naître.

Quand, au contraire, ces Statuts prononcent la nullité, faute d'avoir rempli ce qui eſt ordonné par iceux, pour lors ou cette nullité frappe ſur la ſimple procédure qui eſt déclarée nulle, ſans toucher au fonds, & dans ce cas je ne fais pas de difficulté qu'il faut ſuivre ce qui eſt preſcrit par la Loi où l'on pourſuit & où l'on plaide.

Mais quand ces Statuts prononcent une nullité qui frappe ſur le fonds, pour lors je crois qu'il faut recourir, non pas à la Loi où l'on a plaidé, mais à celle qui régit l'action dès le principe, & avant même qu'elle ait été intentée, comme étant celle qui doit en faire, de regle ordinaire, la déciſion.

Ainſi ſi le Statut ordonne & preſcrit quelque choſe à l'occaſion d'héritages ſitués dans l'étendue de ſa Juriſdiction qui tende, ſoit à en conſerver la propriété, ſoit à en dépouiller, c'eſt ce Statut qu'il faut ſuivre, encore que l'on plaide par-tout ailleurs; parce que ce Statut régiſſant l'héritage, il eſt en droit d'en diſpoſer comme bon lui ſemble, & d'en fixer le ſort & la deſtination.

Il en eſt, ſelon moi, de même, des actions réelles ſur les héritages; ces droits doivent s'acquérir, ſe conſerver ou ſe perdre ſelon la Loi qui régit les héritages.

Mais s'il ne s'agit que d'une action pure perſonnelle, je crois encore qu'il faut partir d'après la Loi qui dans le principe devoit juger la queſtion, parce que le changement de Juriſdiction ne doit pas changer la déciſion : l'Ordonnance des évocations le porte ainſi; mais il faut éclaircir cette matiere par différentes eſpeces.

## *PREMIERE QUESTION.*

Je demande, *quid juris*, s'il s'agiſſoit de plaider dans une Juriſdiction où il faut donner caution pour les dépens, & que les parties demeuraſſent ailleurs où pareil uſage n'a pas lieu, Voet en ſon Traité des Statuts, *ſect.* 10, *n.* 8, décide que ce préalable appartient, *ad ordinatoria judicii, ſi de cautionibus*

*ageretur, tales exigendæ, & interponendæ quales poſtulat ſtylus curiæ ubi litigatur;* & j'embraſſe volontiers cet avis, ce préalable ſuſpend bien l'action, mais ne la décide en aucune maniere.

## *DEUXIEME QUESTION.*

Les amendes & dépens de la procédure ſe reglent ſuivant les uſages & tarifs de la Juriſdiction où l'on a plaidé, voyez Brodeau, *L. C. n.* 42, au ſujet de l'amende de Reclain, prononcée dans les Coutumes de Vermandois & de Valois.

Je dis amendes de procédures : car pour les amendes prononcées par nos Coutumes, faute d'avoir ſatisfait à certains devoirs réels, comme de n'avoir pas notifié au Seigneur dans le temps preſcrit la vente d'un bien en cenſive, ces ſortes d'amendes ſe reglent par la Loi de la ſituation, *dummodo fundus ſit ſub eis ſitus, locum habent,* (les amendes) *ubicumque fiat proceſſus, & decretum ſubhaſtationum, ut ſæpe coram prefectis libellorum ſupplicûm palatii, vel in ipſo ſenatu, ut de ſolemnitatibus retractûs; dixi infra,* §. 177, *deciſionem enim concernunt.* Mol. §. 77 *ad Conſuet. Pariſ. n.* 22.

## *TROISIEME QUESTION.*

On a demandé ſi un homme fondé de procuration paſſée par un domicilié dans un lieu où la procuration dure trente ans, à l'effet d'agir dans une Juriſdiction où les procurations n'ont lieu que pendant un an, quand le temps n'eſt pas fixé par la procuration même; on a, dit-on, demandé ſi dans cette eſpece la procuration valideroit, paſſé un an. C'eſt *Gaſpard Ant. Theſaurus* qui le propoſe, *queſt. for. liv.* 2, 7, & il dit que le principe général qui veut qu'en jugement on ſuive, *quantum ad præparatoria,* les formalités de la Juriſdiction où l'on plaide, reçoit ſon exception par rapport aux formalités requiſes, *in principio judicii, de qua forenſis non potuerit eſſe inſtructus;* mais cette raiſon ne me plait pas, non plus que la déciſion, & je regarde la Loi à cet égard comme une Loi faite pour l'Officier, à l'effet qu'il ne ſoit pas expoſé à un déſaveu, faute d'un pouvoir ſuffiſant; par conſéquent c'eſt la Loi où l'Officier inſtrumente qu'il faut ſeulement enviſager : c'eſt pourquoi, ſi dans le lieu où l'Officier inſtrumente, la procuration dure trente ans,

ans, ou ſi elle ne dure qu'un an, c'eſt à lui à ſe précautionner & à ſe munir d'une procuration telle que la Loi de la Juriſdiction où il eſt Officier, l'exige de lui.

Dans l'Ordonnance concernant la Juriſdiction des Prévôts des Marchands & Echevins de la Ville de Paris, *ch.* 31, *art.* 6, il eſt dit que tous porteurs de procuration, pour recevoir & donner quittance des arrérages des rentes ſur l'Hôtel-de-Ville, ſeront tenus les faire renouveller de quatre ans en quatre ans; défenſes aux Payeurs des rentes de payer qu'aux conditions ci-deſſus. Cette Loi nous place à peu près dans l'eſpece ci-deſſus, & je croirois que comme il s'agit d'un Bureau public, & que les Payeurs ont intérêt de payer ſurement, & qu'on ne leur oppoſe pas le réglement pour mettre un paiement en ſouffrance, le payeur eſt en regle, quand il refuſe de payer ſur une procuration ſurannée, & que l'étranger doit envoyer une nouvelle procuration, s'il veut toucher.

## *QUATRIEME QUESTION.*

On prétend que ce grand principe reçu généralement de tout le monde, qui eſt qu'il faut ſuivre les uſages des Juriſdictions où l'on plaide, ſouffre une exception, lorſqu'on agit dans une Juſtice qui n'eſt que déléguée, parce que dans ce cas le Juge délégué ne procede qu'au moyen de la Juriſdiction qui lui eſt attribuée, il n'uſe pas de ſa propre Juriſdiction, mais de celle de la Cour, ou du Juge qui l'a commis & député, *qui mandatam Juriſdictionem ſuſcepit, proprium nihil habet, ſed ejus qui mandavit, Juriſdictione utitur;* comme il eſt dit en la Loi 1re. *ff. de officio ejus cui mandata eſt Juriſdictio.*

Cela a ainſi été jugé par Arrêt du Parlement de Paris, cité par Charondas, *liv.* 4, de ſes Pandectes, où il rapporte que le Parlement de Paris ayant adreſſé une commiſſion aux Juges de Rome, appellés *auditores Rotæ*, pour faire une Enquête à Rome, & les Commiſſaires ayant voulu interroger les témoins par ſerments ſur pluſieurs faits concernant les reproches, ſavoir, ſur leur vie, qualité & religion, ſelon la forme obſervée en la Cour & Juriſdiction de ces Auditeurs, le demandeur s'y oppoſa, & les Auditeurs ayant ordonné qu'ils répondroient ſur leſdits faits, il y eut appel de cette procédure en la Cour, & par l'Arrêt qui intervint, il fut dit qu'il avoit été

mal jugé, & en émandant le jugement, il fut ordonné que les témoins ſeroient ouis & examinés ſelon la forme obſervée en ce Parlement, ſans préjudice des reproches & ſalvations des Parties. Bornier, *art.* 20, *tit.* 22 de l'Ordonnance de 1667; Maynard, en ſes Arrêts, *liv.* 4, *chap.* 62, & c'eſt ce qui eſt porté dans le ſtyle du Parlement, *part.* 1, *chap.* 27. *Commiſſarii dati per Curiam ad inquirendum, vel referendum Curiæ, per omnia inquirendo, & in officio inquiſitionis, ſequentur, & ſequi debent ſtylum Curiæ Parlamenti à qua miſſi ſunt, & non loci illius in quo inquirunt. Vid. Alder. Maſcard. de Gener. Stat. interpret. concl.* 7, *n.* 51, & les déciſions de Gui-Pape, *quæſt.* 23.

Cette déciſion m'a toujours fait de la peine, & c'eſt avec plaiſir que j'ai trouvé dans le Commentaire de M. le P. Bouhier, *ch.* 28, *n.* 90 *& ſuivants*, que ce Magiſtrat ſi judicieux ne la goutoit pas. Il trouve en effet que l'on a été trop pointilleux dans cette déciſion, & que le Commiſſaire étranger ne pouvoit guères ſuivre un ſtyle qu'il n'étoit pas obligé de ſavoir, & qui, dans le fond, eſt aſſez arbitraire. C'eſt pourquoi je ſerois diſpoſé à dire que ce qui eſt porté au ſtyle du Parlement, doit s'entendre des Commiſſaires, Membres du Parlement, qui inſtrumentent dans le Royaume.

## *CINQUIEME QUESTION.*

Nous avons une Ordonnance qui porte que les parents, pour raiſon de partages à faire entre eux, ſeront tenus de compromettre entre les mains de leurs parents.

Suppoſons que cette Ordonnance ne fût point enrégiſtrée en quelque Parlement, & que le Procès y fût pendant, faudroit-il compromettre?

Cette queſtion eſt agitée par Paul de Caſtres, & elle ſe décide par celle de ſavoir ſi le compromis *pertineat ad ordinem procedendi : an ad modum pronuntiandi.* Paul de Caſtres eſt d'avis que tel Statut *pertinet ad ordinem procedendi*, & je me range volontiers de cet avis. Je regarde les parents comme formant un Tribunal pardevant lequel les Loix renvoient la diſcuſſion des conteſtations qui naiſſent à l'occaſion des partages, &c.

Voici l'eſpece dans laquelle Paul de Caſtres fait uſage de cette déciſion. *Si duo Piſtorienſes conſanguinei litigarent Flor. ubi eſt Statutum de cauſis inter conſanguineos compromitten-*

*dis, Piſtorii vero non eſt, ut peteret compromiſſum, deberet concedi, attento Statuto Flor. quod eſt ſervandum in concernentibus modum procedendi, non autem eſſet attendendum Statutum Piſtorii, quod ſolum debet attendi in concernentibus deciſionem, quia Statutum tale de compromiſſo, licet ordinetur ut cauſa decidatur, non tamen per quem modum decidatur, & ita vidi teneri, & obſervari, & eſt veriſſimum apud quemcumque intelligentem.* Paul. Caſtr. 1ª. parte, conc. 320, n. 5.

Alderanus Maſcardus *de Gen. Statut. interpret. concl.* 7, décide cette queſtion de même; mais comme ce qu'il dit à cette occaſion, renferme tout ce que l'on peut propoſer ſur cette matiere en général, j'ai cru devoir le tranſcrire ici avec d'autant plus de raiſon, que ſon Livre eſt très-rare.

Cet Auteur donne d'abord pour principe général, au *nomb.* 1, que *Statutum loci contractûs attenditur.* Au nomb. 74 il dit que *illud non procedit in ordinatoriis, ſeu concernentibus proceſſum.* Au nomb. 78 il ajoute que le principe général n'a pas encore lieu, *quoad executionem in qua eſt ſervandum Statutum loci in quo fit executio;* mais au nomb. 80, voici comme il parle, *quod eſt verum in his Statutis quæ de executione inſtrumentorum diſponentia, firmarent pedem in mero modo procedendi, ut ſi diſponerent ſimpliciter, quod in caſu inſtrumenti, procedatur tali modo, vel etiam ſimpliciter, quod inſtrumenta habeant executionem paratam.....*

*Si autem Statuta executionem inſtrumentis concedentia non ſtarent in puris terminis procedendi, ſed procederent ulteriùs, tangendo merita cauſæ, ut puta impediendo oppoſitionem exceptionum etiam peremptoriarum, & tractando de probationibus circa cauſam, tunc ſicut dicerentur concernere, & reſpicere deciſoria, & merita cauſæ, ita non attenderetur Statutum loci illius judicii, quoad litigantes, niſi & in eo loco eſſet factus contractus ille, cùm in deciſivis attendatur Statutum, non judicii, ſed loci contractus, ut ſupra late oſtendimus, prout hoc idem in terminis Statuti executionis inſtrumentorum, voluit ipſemet* Bald. *hoc pacto diſtinguendo,* in D. L. 1, Q. 5, C. ne fil. pro pat. *ibi, quinto quæro quid ſi in loco executionis nulla poteſt opponi exceptio, quantumcumque peremptoria, numquid ſi inſtrumentum eſt factum extra territorium, poterit opponi exceptio, attento jure communi, & poterit fieri probatio? reſpondeo ſic, quia hoc pertinet ad deciſionem cauſæ, & ideo inſpicimus locum in quo fit contractus, ubi*

*viget jus commune, ſi aliud non appareat; idem tenuit Roch. de Curtè in quæſt.* 12, *n.* 45, *ibi, tertio per præmiſſam concluſionem in quantum diximus quod ſi agatur, ratione contractûs, conſideratur jus, ſive conſuetudo loci contractûs in deciſivis, infertur quod ſi contractus ſit celebratus in loco ubi ex forma Statuti contra inſtrumentum nulla poſſit opponi exceptio, judex debebit ſervare iſtud Statutum, quamvis inſtrumentum ibi factum producatur coram eo, in loco ubi non vigeat Statutum prædictum, ibique ſubjungit quod ſi aliquando Paul. de Caſt. contrarium dixit, male dixit: ejuſdem ſententiæ fuit* Marſil. in L. fin. ff. de juriſd. *omnium judic.* n. 60 & 61, *ibi, & ex iſto dicto Bartoli infert Jaſon. quod ſi in hac civitate Bononiæ eſſet Statutum, quod inſtrumenta habeant executionem paratam, modo pone quod inſtrumentum eſt factum in alia civitate, in qua non eſt iſtud Statutum, ego produco contra te tale inſtrumentum in hac civitate, an habebit executionem paratam? & decidit quod ſic per doctrinam Bartoli, in dict. L. cunctos populos, quia in his quæ reſpiciunt ordinem judiciorum, inſpicimus Statutum loci in quo judicium agitur, etiam quoad forenſes; & ſubjungit, & ſi diceretur quod imo videtur quod dictum Statutum reſpiciat executionem, non autem ordinem, reſpondeo quod ſi Statutum diſponeret, quod inſtrumenta habeant executionem paratam ſine aliquo libello, & quod nulla poſſet opponi exceptio etiam peremptoria, tunc iſtud Statutum reſpiceret executionem, & conſequenter aliud eſſet. Secus autem quando diſponit ſimpliciter ut ſupra, & ſequitur idem Marſil. ibidem, quod ſtante Statuto, quod contra inſtrumentum nulla poſſit opponi exceptio peremptoria, tunc quia iſtud Statutum reſpicit condemnationem, & executionem, & non ordinem judicii, ſi eſſet confectum in alio loco inſtrumentum, & produceret in iſta civitate, non attenderetur Statutum hujus civitatis, quia iſtud Statutum reſpicit executionem, & condemnationem: cùm prædictis tenuit Ancharan. quæſt.* 63, *n.* 5, *ibi; cùm itaque illud Statutum ſit executivum & deciſorium, non competit forenſibus, idem Decian. rep.* 11, *n.* 188, *lib.* 1, *ibi; non obſtat quod cum inter hos litigantes tractetur de executione ſententiarum, attendendæ ſint Leges, Statuta, & conſuetudines loci, in quo fit executio, quia reſpondetur verum id eſſe quoad ordinem ipſius executionis, non autem quoad probationes concernentes meritum cauſæ, & ſi diceretur imo prælatio creditorum concernit ordinem executionis, dico id verum non eſſe, quia imo tractatur de viri-*

*bus, & fide inſtrumentorum, & quoad hoc, an habeat privata ſcriptura vim publicæ ſcripturæ, attendenda eſt conſuetudo loci in quo facta eſt, quia excedimus terminos executionis in hoc, quia volumus cognoſcere de validitate, & viribus, ac fide ipſius, quæ omnia regulari debent ſecundùm Leges, & conſuetudines loci in quo fuit ineſſe producta ipſa ſcriptura, & cum prædictis, ſic diſtinguendo, tranſeunt alii plerique doctores: ex quo poterunt magnifici Advocati mei concives poſt hac cognoſcere, quid tandem tenendum ſit in illa ſæpiùs agitata, & diverſimode quæſtione judicatâ; an forenſes poſſint gaudere beneficio noſtri Statuti de inſtrumentorum executione loquentis. Quod poſt quam non ſtat in puris terminis procedendi, non erit extendendum ad favorem forenſium, prout & idem judicandum erit in caſu Statuti januæ de cauſis executivis*, lib. 2, C. 3, *cùm & ipſum deciſoria reſpicere dicatur, ex traditis per ſupra citatos doctores.*

Il eſt donc important de ne pas confondre les choſes qui appartiennent *ad modum procedendi*, & celles qui appartiennent *ad meritum cauſæ, & deciſionem;* mais il n'eſt pas toujours aiſé de diſtinguer l'un & l'autre.

## *SIXIEME QUESTION.*

Par exemple, au Parlement de Paris, l'uſage eſt de faire l'ordre d'un bien vendu & adjugé par décret, après l'adjudication ſeulement; & cet uſage paroît fondé ſur un ancien Arrêt du Parlement, ſans date, que nos Auteurs citent communément. Au contraire, il y a des Parlements, comme Toulouſe, où l'on commence par faire l'ordre, avant que la choſe ſaiſie réellement ait été adjugée.

Or on demande ſi cette Juriſprudence appartient à la ſimple maniere de procéder, ou ſi elle appartient *ad meritum & deciſionem;* c'eſt-à-dire, ſi, ſuppoſé que l'on vendît à Paris, par décret, un bien ſitué à Toulouſe, il faudroit, à Paris, commencer par faire l'ordre avant l'adjudication, *& vice verſâ.*

On ſeroit tenté d'abord de décider que ce n'eſt qu'une ſimple maniere de procéder, que l'ordre ſe faſſe devant, ou après l'adjudication; c'eſt un arrangement judiciaire: on n'eſt pas moins obligé, dans la diſtribution du prix, de colloquer les créanciers, ainſi & de la maniere qu'ils doivent l'être, ſuivant la Juriſprudence du lieu de la ſituation; on pourroit donc dire

que cette façon de procéder *pertinet ad modum, non ad meritum.*

Cependant on a conſidéré que l'ordre du prix d'un bien ſaiſi réellement, étoit une dépendance de la ſaiſie du fonds; que les deniers qui devoient en provenir, repréſentoient le fonds, & que comme il faut ſuivre les formalités réelles attachées au fonds dans le courant de la ſaiſie réelle, cette formalité de faire précéder l'ordre, étoit pareillement réelle & attachée à la choſe, & étoit regardée à Toulouſe, comme excitant l'enchere des derniers créanciers colloqués, & par conſéquent comme influant ſur le fonds, & ſur ſa juſte valeur, ce qui touchoit *ad meritum cauſæ.* C'eſt ce qui a été pratiqué dans l'ordre de la Terre de Rieux, dont il va être parlé ci-après, qui avoit été vendue au Parlement de Paris.

Saiſi de reſpect pour le plus auguſte Parlement du Royaume, où je fais mes fonctions, je me rends à l'autorité de cet Arrêt; mais ſi les choſes étoient entieres, je n'héſiterois pas à décider le contraire. Il n'y a rien qui me paroiſſe plus appartenir *ad modum procedendi*, que l'uſage dont eſt queſtion: car vendre après l'ordre, ou vendre devant, ce n'eſt là qu'une maniere de procéder qui ne touche en rien au fonds; le droit des créanciers eſt intact; le prix ſe diſtribue toujours de la même maniere.

Ce que je vais dire, fera ſentir de plus en plus l'importance de diſtinguer *inter modum & meritum.*

## *SEPTIEME QUESTION.*

En Bretagne, ſuivant l'article 576, les créanciers d'une ſucceſſion bénéficiaire, font l'ordre entre eux, ſelon la priorité & la poſtériorité, ſauf, ſuivant l'article 577, aux créditeurs premiers qui ne ſe ſont pas préſentés, à répéter des poſtérieurs. *His poſitis* le débiteur eſt décédé domicilié en Bretagne; les biens de ſa ſucceſſion bénéficiaire ſe trouvent répandus, partie en Bretagne, & partie dans d'autres Provinces & Coutumes où l'uſage eſt de procéder par ſaiſie réelle ſur l'héritier.

Dans cette eſpece, on a demandé ſi les créanciers pouvoient faire l'ordre des biens ſitués hors la Bretagne, ainſi que de ceux qui y ſont ſitués, ou s'il falloit, quant aux biens ſitués hors la Bretagne, procéder par décret ſur l'héritier bénéficier, &

faire judiciairement l'ordre, en la maniere uſitée dans les Coutumes de la ſituation.

M. de Perchambaut, dans ſon Inſtitution au Droit François, *tit. des Succeſſions, pag. 267 de l'édition de 1693*, dit que *l'art. 576* s'applique à tous immeubles ſitués hors la Coutume de Bretagne, dès qu'ils font partie de la ſucceſſion bénéficiaire, & qu'il l'a vu ainſi juger au Parlement de Paris, contre M. de la Foreſt, qui avoit ſaiſi réellement la Terre de Cangé, ſituée en Anjou, & qu'il eſt ordinaire de voir en Bretagne, vendre par ſimple bannie les terres ſituées ailleurs.

La raiſon qu'il en allegue dans ſa petite Coutume, *art.* 200, eſt que cet Article n'eſt qu'une formalité de procédure qui embraſſe tous les biens, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués.

Cette déciſion peut être appuyée ſur ce que les opérations des créanciers ne ſont que proviſionnelles. Une ſucceſſion eſt une eſpece de tout, que l'on peut régler proviſionnellement, ſans tirer à conſéquence pour le fonds, & pour les principes qui doivent décider.

Il eſt vrai que l'on pourroit auſſi regarder *l'art. 576* comme autoriſant des formalités attachées aux choſes; on les vend, on les partage conformément aux Loix de leur ſituation.

Cependant comme cet ordre n'eſt pas définitif, qu'il ne purge point les hypotheques, & que le créancier qui n'a pas paru, & qui eſt antérieur, peut ſe pourvoir contre le dernier colloqué, je ne vois pas d'inconvénient d'uſer de cette voie, ſans demander la nullité de l'ordre, en ce qui concerneroit les biens ſitués hors la Bretagne, excepté en deux cas, ſi le dernier créancier qui a touché, n'étoit pas ſolvable, ni ſa caution; ou ſuppoſé que le bien eût été, du vivant du débiteur, ſaiſi réellement; car ſa mort ne ſauroit changer le droit acquis au créancier par ſa diligence.

## *HUITIEME QUESTION.*

Voici une autre queſtion que fait naître la même Coutume de Bretagne. Dans cette Coutume, les oppoſitions, afin de conſerver, que l'on forme aux ſaiſies réelles des héritages, ſe reçoivent juſqu'à ce que la diſtribution du prix ſoit conſommée, & les hypotheques ſont conſervées. Hévin, ſur Frain, *Plaidoyé 92.*

Au contraire, dans quantité d'autres Coutumes, notamment à Paris, ces oppoſitions ne ſe reçoivent que juſqu'à ce que le décret ſoit levé & ſcellé; & après, elles n'ont force que de ſaiſie mobiliaire.

Cette diverſité produit auſſi des effets très-différents.

*His poſitis* un décret ſe pourſuit à Paris, d'héritages ſitués en Bretagne. *Vice verſâ* un décret d'héritages ſitués en Bretagne, ſe pourſuit à Paris. Quel ſera l'effet de ces oppoſitions formées après le décret levé & ſcellé, mais avant l'ordre?

Il ſembleroit d abord, ſur ces deux eſpeces, que la diverſité de Juriſprudence *concernit meritum & deciſionem cauſæ;* qu'ainſi il faut ſuivre la Loi de la ſituation des biens vendus.

Mais, d'un autre côté, on peut dire que cette diverſité de Juriſprudence ne naît que de la différente maniere de procéder. A Paris, il faut former oppoſition avant le décret ſcellé. En Bretagne, avant ſeulement l'ordre fait & conſommé. Or, la regle eſt de ſuivre le ſtyle & l'ordre de procéder du lieu où le décret ſe pourſuit.

Cependant quand il s'agit du prix d'un bien-fonds ſitué en Bretagne, & vendu judiciairement à Paris, il y a lieu de dire que cela regarde *meritum & deciſionem cauſæ*, & que le créancier doit être colloqué, comme il l'auroit été, ſi le bien avoit été vendu en Bretagne; *& vice verſâ*, il faudroit en Bretagne ſuivre la Juriſprudence de Paris, quand les biens vendus en Bretagne, ſont ſitués à Paris.

Ces différentes Coutumes ont pour objet de conſerver les droits réels & hypothécaires de ceux à qui ces droits peuvent appartenir.

Mais pour y parvenir, elles ont des mêmes principes, tiré des conſéquences & des diſpoſitions toutes differentes.

Les Coutumes qui n'ont autoriſé les oppoſitions, afin de conſerver, que juſqu'au décret ſigné & ſcellé, & celles qui les ont autoriſées juſqu'après l'ordre fait & parfait, ſont parties de ce principe, que les créanciers hypothécaires doivent exercer leurs hypotheques ſur le prix de l'héritage vendu, comme ils pouvoient les exercer ſur l'héritage même, auparavant la vente, attendu que ce prix repréſentoit l'héritage.

Mais ces différentes Coutumes ſe ſont diviſées, en ce que les premieres n'ont voulu que le prix repréſentât la choſe, que pour

pour ceux qui étoient oppoſants juſqu'au décret ſigné & ſcellé, après quoi ce prix n'étoit plus qu'une ſomme mobiliaire ; & les ſecondes ont voulu, au contraire, que le prix de l'héritage vendu par décret, repréſentât l'héritage juſqu'après l'ordre fait & parfait.

Or, quelle eſt la Coutume qui doit décider du ſort du prix de l'héritage vendu, s'il repréſente l'héritage, ou non, & juſqu'à quand ? C'eſt ſans doute la Loi de la ſituation même de l'héritage, puiſque, ſuivant cette Loi, c'eſt ſur le prix que les hypotheques & privileges ont lieu, & que ce prix eſt diſtribué.

D'où je conclus que dans nos deux eſpeces, ce n'eſt pas la Loi de la Juriſdiction où s'eſt fait le décret, mais la Loi de la ſituation de l'héritage qui doit décider.

Dans la même Coutume de Bretagne, il y a un uſage autoriſé par un acte de notoriété de ce Parlement, en date du 13 »Février 1697, qui porte « qu'il eſt d'uſage que dans les ventes »qui ſe font judiciellement & par décret des héritages d'un dé»biteur, il eſt permis aux créanciers du même débiteur de faire »valoir & enchérir leſdits héritages, & de ſpécifier dans leur en»chere la ſomme qu'ils mettent au profit des créanciers oppo»ſants, & ce qu'ils mettent à leur profit particulier à valoir en »leur dernier dû non préférable ; mais ſi quelqu'autre enchériſ»ſeur met une ſomme au profit des créanciers, au-deſſus de »celle que le créancier enchériſſeur avoit miſe au profit com»mun des créanciers ; dans ce cas-là on n'a point d'égard à la »ſomme que le créancier enchériſſeur a miſe à ſon profit parti»culier, & on adjuge l'héritage à celui qui a mis la plus groſſe »ſomme au profit commun des créanciers. Atteſtent de plus, »que ſi quelqu'un des parents & lignagers de celui ſur qui les »héritages ſont vendus, veut retirer leſdits héritages, il ſera »non-ſeulement tenu de rembourſer à l'adjudicataire la ſomme »qui a tourné au profit commun des créanciers ; mais même »celle qu'il a miſe en ſon dû particulier, de laquelle les ventes »ſont dûes au Seigneur de Fief, comme faiſant partie du con»trat, bien que cet adjudicataire ne ſoit uniquement obligé de »repréſenter, que la ſomme qu'il a miſe au profit commun des »créanciers, & non ce qu'il a mis en ſon dû & crédit particu»lier. En foi de quoi, &c.

On demande à cette occaſion ſi cet uſage du Parlement de

Bretagne, doit avoir lieu pour des héritages ſitués en ce Parlement, mais vendus en toute autre Coutume où pareil uſage n'eſt point obſervé.

Je réponds que l'uſage en queſtion ne me paroît point appartenir à la ſimple formalité de procéder, ni au ſtyle & à la maniere de diriger la procédure; mais bien que cet uſage appartient *ad deciſoria litis*.

En effet, il s'agit dans cet uſage de régler les droits des enchériſſeurs, ſur le prix à provenir de la vente des héritages: la ſomme offerte a tantôt deux deſtinations, & tantôt n'en a qu'une, & ces différentes deſtinations donnent une plus grande ou moindre partie du prix, aux créanciers; en ſorte que cet uſage fournit la déciſion de la difficulté, en faveur de la Loi de la ſituation des biens.

## *NEUVIEME QUESTION.*

Voici encore une autre difficulté. La Coutume d'Auvergne, en *l'art.* 11, du titre des décrets, porte que l'on pourra enchérir pendant le procès, en quelque état que la cauſe ſoit, juſqu'à l'expédition & délivrance des Lettres de décret.

On demande ſi le décret ſe pourſuivant à Paris, d'un bien ſitué en Auvergne, l'enchere eſt recevable après l'adjudication.

Cette queſtion s'eſt préſentée preſque coup ſur coup aux Requêtes du Palais, deux fois en la premiere, & une fois en la ſeconde, & l'on prétend qu'elle y a été jugée différemment: on a admis les ſurencheres en la premiere, & on les a rejettées, en la ſeconde. Il a été fait des Mémoires dans les deux affaires jugées en la premiere. Meſſieurs Sénéchal & d'Origny écrivoient dans l'une; Me Grandin le jeune, Procureur en la Cour, étoit ſurenchériſſeur, & le Sieur David & la Dame de Froidefont étoient les adjudicataires: j'ai eu communication de leurs Mémoires. Mrs. Cailleau & Théton écrivoient dans l'autre; Mes. Collot & Péreau, Procureurs en la Cour, étoient les ſurenchériſſeurs, & les ſieur & dame de Maſſibau étoient les adjudicataires: je n'ai eu dans cette affaire communication que du Mémoire de Me Théton, & c'eſt proprement le tranſcrit de tous ces Mémoires que je vais donner ſur la queſtion.

Les adjudicataires ſoutenoient dans deux propoſitions, 1°, que l'uſage d'Auvergne étoit abuſif, en ce que cette Coutume rédigée en 1520, a été réformée par l'Ordonnance poſtérieure de 1551, confirmée par *l'art.* 49, de celle de Moulins, & *l'art.* 10 du Réglement de la Cour de 1598, ſuivie par la Juriſprudence des Arrêts, rapportés par Brodeau, *Lett. D. chap.* 32, *n.* 7, & autre Arrêt rapporté au Journal des Audiences, du 23 Août 1666. 2°. Qu'à toute rigueur il ne pourroit avoir lieu que dans les Tribunaux d'Auvergne, & non à l'égard d'une adjudication faite en la Cour, ou dans tout autre Tribunal étranger. Ils diſtinguoient *inter ordinatoria litis, & deciſoria*, avec du Molin, *Morn. C. ut lite pendente.* Ranchin ſur la *queſt.* 262 de Guy-Pape, Brod. ſur Louet, *Let. C. Sommaire* 42, *n.* 3. Or, diſoient-ils, le Statut qui regle ſi l'enchere peut être reçue, ou non, après l'adjudication, n'eſt qu'un ſimple uſage local, un ſtyle de juriſdiction.

Les enchériſſeurs, au contraire, ſoutenoient d'abord que l'uſage de la Coutume d'Auvergne n'étoit pas abuſif. 1°. Il eſt reçu dans tous les Pays de Droit écrit. Graverol ſur la Roche, *liv.* 2, *tit.* 1; Baſſet, *tom.* 1, *liv.* 3, *tit.* 8, *chap.* 19, l'atteſtent pour le Parlement de Grenoble; Henrys, *tom.* 1, *ch.* 3, *queſt.* 3, *pag.* 770, & ſon annotateur l'atteſtent pour les Pays mêmes qui reſſortiſſent au Parlement de Paris.

La même choſe ſe pratiquoit autrefois dans toute la France: Joan. Gallus, *queſt.* 2; de la Lande, *art.* 476, de la Coutume d'Orléans; M. le Maître, *ch.* 31 de ſon Commentaire ſur l'Edit des criées.

L'uſage, à la vérité, diſoient les enchériſſeurs, a changé dans la plus grande partie du Pays coutumier; mais il s'eſt conſtamment obſervé dans toute l'étendue du Pays de Droit écrit, & dans les Coutumes qui ſe rapprochent le plus de ſes diſpoſitions, Auvergne: Bourb. *art.* 148; Niv. *tit* 32, *art.* 50; la Marche, *art.* 374; Bourgog. *art.* 41, du Réglement de 1614; d'Héricourt, Traité des Criées, *ch.* 13, des encheres.

Il ne faut pas dire que l'article de la Coutume d'Auvergne n'eſt pas ſuivi par toute l'Auvergne, & notamment au Bailliage d'Aurillac. Je trouve dans un Mémoire fait ſur la queſtion de ſavoir, ſi les ſurencheres de biens ſitués en ce Bailliage, & dont l'adjudication avoit été prononcée aux Requêtes du Palais, devoient être admiſes, que l'on y cita un Arrêt du 28

Août 1708, rendu entre un nommé du Solier, adjudicataire, & les Religieuſes du Couvent de Notre-Dame de la même Ville, par lequel les encheres d'un bien ſis audit Bailliage, & qui y avoit été décrété, furent reçues, & il fut procédé en la Cour à une nouvelle adjudication, après la publication de la nouvelle enchere : il ne faut pas dire encore que cet article a été abrogé par l'Ordonnance de 1551 & autres poſtérieures.

En effet, *l'art.* 1 de l'Ordonnance de 1551, ne s'obſerve pas en Bourgogne; ſuivant *l'art.* 7 du Réglement de 1614, *l'art.* 4 eſt aboli par l'uſage : il en eſt de même de *l'art.* 6 ; les *art.* 7 & 8 ſont abolis par un Réglement de 1647, voyez le Traité de la vente des immeubles.

Il en eſt de même de l'Ordonnance de Moulins, voyez Auſanet, *au tit. des Criées*; Prohet ſur Auvergne ; de Fournoue ſur la Marche ; Coquille, *art.* 5, *du tit. des exécut.* de Nivern. Auroux ſur Bourbonnois ; Potier & Semen, ſur la même Coutume ; la Lande, *art.* 436, d'Orléans.

Au ſurplus, ſur la queſtion de ſavoir comment l'uſage déroge aux Loix, voyez le P. Bouhier ſur Bourgogne, *chap.* 13.

La ſeconde propoſition des enchériſſeurs étoit que l'article de la Coutume d'Auvergne devoit s'appliquer à tous les biens régis par cette Coutume, en quelque Tribunal qu'ils ſe décretent.

Leurs moyens conſiſtoient à dire que cet uſage eſt fondé ſur une eſpece de pacte appellé en Droit, *addictio in diem*, qui renfermoit toujours la condition, *ſi meliore allatâ conditione diſcedatur.* Ainſi l'adjudication eſt, à la vérité, un titre de propriété ; mais qui ne devient incommutable qu'après le décret ſigné & ſcellé.

On convenoit de part & d'autre, qu'entre les formalités des décrets, il y en avoit de réelles, & d'autres qui n'étoient que de ſtyle de Juriſdiction. Le point de la difficulté conſiſtoit donc à bien appliquer cette diſtinction. Les formalités de ſtyle ne regardent que *ſimplicem & nudam ordinationem*, & dépendent de la Juriſdiction ; les autres, au contraire, regardent le fonds, la choſe qui eſt en litige, & elles dépendent de la ſituation. C'eſt la Loi de la ſituation qui regle la maniere d'acquérir, ou d'aliéner.

Or, donner à une ſurenchere l'effet de réſoudre l'adjudica-

tion, & d'en faire faire une nouvelle; imprimer à la Sentence d'adjudication un caractere de réſolubilité; ſubſtituer un Jugement à un autre, dont la déciſion n'eſt pas la même; une convention à une autre, un prix plus fort à un moindre, un adjudicataire à un autre, n'eſt-ce donc là que régler un ſimple ſtyle & une pure forme de procédure, ſans toucher au fond de l'adjudication?

Il eſt ſi vrai que la diſpoſition de la Coutume d'Auvergne eſt réelle & attachée aux héritages, que *l'art.* 11 *du tit.* 23 de la même Coutume, ne fait courir le temps du retrait, que du jour de la délivrance du décret; tant il eſt vrai que dans cette Coutume, l'héritage ne peut ſortir des mains des Propriétaires, en fait de décret, que du jour de la délivrance d'icelui, & que cette Coutume affecte cet héritage à cet effet.

Quand une affaire eſt bien inſtruite, on peut dire que le Jugement qui intervient eſt toujours rendu en connoiſſance de cauſe.

C'eſt auſſi après une très-grande diſcuſſion des moyens ci-deſſus, que Me Grandin a réuſſi dans ſa prétention, ſur le rapport de M. Berger de Reſſie, par Sentence ſur délibéré, du 2 Avril 1751, dont il n'y a pas eu d'appel, & qui a admis ſon enchere. A l'égard de l'affaire que Me. Thétion a défendue pour pareils enchériſſeurs, elle eſt encore indéciſe, apparemment ſur l'appel.

On peut, à cette occaſion, demander comment il en faudroit uſer, ſi dans une ſaiſie réelle il y avoit des biens ſitués en Coutumes, dont les unes admettent les ſurencheres, & les autres, non. Si on les admet, ne ſera-ce que pour partie? Morcelera-t-on une adjudication? Comment évaluer différents biens adjugés pour un même prix? Souvent c'eſt l'aſſemblage de pluſieurs pieces, qui donne le prix à chacune d'elles, & qui l'augmente. Cependant les grandes regles l'exigeroient, dès que la faculté de ſurenchérir eſt réelle: il ne paroît pas que l'on puiſſe y déroger, parce qu'un créancier aura jugé à propos de joindre dans une même ſaiſie réelle, des biens épars dans différentes Coutumes; mais le parti qui me paroîtroit raiſonnable, ce ſeroit de n'admettre de ſurenchere, que quand la meilleure & la plus forte partie des biens ſe trouve ſituée en Pays de ſurencheres, & que l'enchériſſeur ſurenchérit la totalité, ſinon les inconvénients me paroîtroient devoir les faire rejetter.

ſi ce n'eſt que l'acquéreur demandât lui-même la ventilation & l'eſtimation de ce qui ne ſeroit pas ſujet à ſurenchere, ce qui devroit être fait aux dépens de l'enchériſſeur.

## *DIXIEME QUESTION.*

Voici encore une eſpece qui s'eſt nouvellement préſentée au Parlement de Paris, où l'on s'eſt déterminé par la Loi de la ſituation.

Au Parlement de Toulouſe la Juriſprudence eſt qu'un débiteur & ſes deſcendants, ſoit qu'ils ſoient héritiers, ou non, ſont reçus, pendant dix ans, à rabattre le décret pourſuivi ſur les biens de ce débiteur, & de rentrer dans la poſſeſſion des biens décrétés, en payant réellement, ou par conſignation, ou dépôt, les ſommes légitimement dûes, & les loyaux couts.

Dans pluſieurs autres Provinces, le débiteur a la même faculté; mais les délais, pour rembourſer, ſont différents. Les Statuts de Provence donnent un an.

En Dauphiné le débiteur n'a que quatre mois; mais le Parlement de Grenoble proroge ſouvent ce délai.

Dans le Pays de Breſſe, Bugey, Valromey, les débiteurs ont ſix mois, & cette faculté eſt communément appellée rabattement de décret, & en Provence, rachat.

Cette faculté tire ſon origine du Droit Romain, *pietatis intuitu, habeat debitor intrà biennii tempus, in rem ſuam humanum regreſſum.* L. 3, §. 3, C. de Jur. dom. impetrand.

*His poſitis*, les créanciers du ſieur Gaſpard de Mouſtier, Comte de Mérinville, Brigadier des Armées du Roi, Gouverneur de la Ville & du Dioceſe de Narbonne, firent ſaiſir la Terre de Rieux, qui eſt une des Baronnies des Etats de Languedoc. La Dame de Jugie, ſon épouſe, étoit propriétaire de cette Terre; mais elle s'étoit obligée ſolidairement avec ſon mari. Les pourſuites furent faites au Parlement de Paris, à cauſe du privilege de quelques créanciers, & la Terre fut adjugée, par décret, au ſieur Samuel Bernard, par Arrêt du 21 Juin 1707, pour la ſomme de 180000 livres.

L'adjudicataire en prit poſſeſſion le 27 du mois de Novembre & jours ſuivants de la même année.

Le ſieur Comte de Mérinville, nonobſtant l'adjudication

faite au ſieur Bernard, continua d'entrer aux Etats, comme Baron de Rieux, en vertu d'un Réglement fait aux Etats de Languedoc, au mois d'Octobre 1685, portant que le décrétiſte d'une Baronnie des Etats, ne peut avoir entrée qu'après dix ans de poſſeſſion non interrompue, & que pendant ce temps-là, l'ancien Titulaire continue d'entrer, comme Baron, dans l'Aſſemblée des Etats.

Le ſieur Bernard faiſoit ſignifier tous les ans un acte d'oppoſition; mais les Etats n'y avoient aucun égard.

Avant les dix années de rabattement de décret expirées, le ſieur Comte de Mérinville obtint Arrêt du Conſeil, du 7 Juin 1717, qui prorogeoit le délai pendant cinq ans. Cet Arrêt du Conſeil fut ſignifié le 12 du même mois, & le ſieur Bernard n'y forma oppoſition que le 26.

Sur cette oppoſition, le ſieur de Mérinville déclara qu'il conſentoit qu'il n'y eût pas de prorogation, pourvu que le Roi voulût bien lui réſerver le même délai qu'il avoit encore dans le temps que la prorogation lui fut accordée. Il n'étoit pas juſte en effet, que la grace pût préjudicier au ſieur Comte de Mérinville.

Arrêt du 2 Mars 1720, qui, du conſentement du ſieur Comte de Mérinville, met les Parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient au jour & date de l'Arrêt de prorogation, & les renvoie pardevant qui il appartiendra, ſur les conteſtations & différends reſpectifs; leur permet d'exercer tel droit qu'elles pouvoient avoir, lors dudit Arrêt, défenſes au contraire. En exécution le ſieur Bernard a été aſſigné en la Cour, par exploit du 8 du même mois, pour voir ordonner le rabattement du décret de la Terre & Baronnie de Rieux, aux offres de rembourſer le prix du décret, les frais & loyaux couts, & les améliorations, s'il y en a.

Par autre Arrêt du Conſeil, du 20 Août de la même année 1720, Sa Majeſté interprétant, en tant que beſoin ſeroit, celui du 2 Mars précédent, a déclaré qu'en remettant les Parties en tel & ſemblable état qu'elles étoient au jour & date de l'Arrêt du 7 Juin 1717, elle a conſervé en entier au ſieur Comte de Mérinville la prétention qu'il avoit d'être encore dans le délai de ſe pourvoir en rabattement de décret, ſur laquelle prétention, & ſur les défenſes contraires du ſieur Bernard, il ſera fait droit par la Cour, ainſi qu'elle auroit pu faire avant l'Arrêt du 7 Juin 1717.

Le ſieur de Mérinville, pour fonder ſa demande en rabattement de décret, s'appuyoit ſur la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, ſur le Réglement fait par les Etats de Languedoc, en 1685, & Arrêt du Conſeil du 17 Décembre ſuivant, qui l'avoient autoriſé, & ſur deux autres Arrêts du Conſeil rendus en 1630 & 1677.

Contre ces moyens, le ſieur Bernard oppoſoit une fin de non-recevoir réſultante du laps de temps. L'action, diſoit-il, devoit être intentée dans les dix ans, à compter du 27 Novembre 1707, jour de la priſe de poſſeſſion; cependant l'exploit du ſieur Comte de Mérinville n'eſt que du 8 Mars 1720.

A quoi le ſieur Comte de Mérinville répondoit, par l'Arrêt du Conſeil du 7 Juin 1717, antérieur à l'expiration des dix années, qui avoit prorogé le délai, & par ceux des 2 Mars & 27 Août 1720.

Au jour de l'Arrêt du 7 Juin 1717, il reſtoit au ſieur Comte de Mérinville près de ſix mois de délai, à compter de la priſe de poſſeſſion du 27 Novembre 1707. Ces ſix mois, diſoit-on, n'ont point couru, tant que l'Arrêt de prorogation du 7 Juin 1717 a ſubſiſté, le Comte de Mérinville avoit par conſéquent le même délai de ſix mois au 2 Mars 1720, que les Parties ont été remiſes au même état qu'elles étoient audit jour 7 Juin 1717, & le ſieur Bernard a été aſſigné le 8 du même mois de Mars.

En comptant même de la date du décret, il eſt du 21 Juin 1707. Or, au jour du premier Arrêt du Conſeil du 7 Juin 1717, il y avoit quatorze jours à expirer des dix ans. L'Arrêt du Conſeil du 2 Mars 1720, lui conſerve ſes quatorze jours, & le ſieur Bernard a été aſſigné le 8 Mars 1720; par conſéquent point de fin de non-recevoir.

Ce premier moyen n'étoit pas celui ſur lequel le ſieur Bernard comptoit le plus.

Il prétendoit que le décret, dont il s'agit, ayant été fait au Parlement de Paris, où le rabattement n'a pas lieu, la Cour ne pouvoit recevoir la Loi d'un autre Parlement : le rabattement eſt une grace que le Parlement de Toulouſe accorde par humanité; mais la Cour n'eſt pas obligée d'accorder la même grace, lorſqu'elle fait une adjudication; elle n'a jamais intention de la révoquer, & celui qui acquiert, a intention d'acquérir irrévocablement.

Le ſieur de Mérinville répondoit que les Loix & les Coutumes ſont réelles, & que quand les conteſtations ſont portées devant des Tribunaux autres que ceux dans le reſſort deſquels les héritages ſont ſitués, on doit ſuivre les Loix auxquelles les héritages ſe trouvent aſſujettis : l'Ordonnance de 1669 le porte expreſſément. Or le rabattement de décret qui a lieu dans le Parlement de Toulouſe, ſe trouve confirmé par deux Arrêts du Conſeil, que les Etats de la Province de Languedoc ont obtenus, le 30 Juin 1650 & 24 Mars 1677 : ce n'eſt pas une formalité particuliere du décret; c'eſt un Loi & une Coutume du Pays qui n'a lieu qu'après le décret, & qui regarde le fonds & l'héritage, comme le retrait lignager. *

La Coutume de Tours n'admet pas le retrait lignager. Si un héritage ſitué en cette Coutume, étoit adjugé par décret à Paris, le retrait lignager n'auroit pas lieu, quoique la Coutume de Paris l'accorde dans le cas même du décret, & il faudroit ſuivre la Coutume de la ſituation. Si au Bailliage de Tours on adjugeoit par décret une terre ſituée dans une Coutume où le retrait lignager a lieu, dans le cas d'une vente par décret, le retrait en ſeroit indubitablement reçu, & il en doit être de même du rabattement.

A Toulouſe, on fait l'ordre des créanciers avant le décret, & à Paris on fait le décret d'abord, & après on fait l'ordre. Or dans tous les décrets qui ſe font à Paris, pour des héritages ſitués dans le reſſort du Parlement de Toulouſe, on ne manque jamais de faire l'ordre des créanciers avant le décret, parce que c'eſt une Loi du Pays où les héritages ſont ſitués ; cette Loi comme réelle a été obſervée en particulier dans le décret de la terre de Rieux.

Le rabattement eſt une grace, mais c'eſt toujours une Loi & une Loi réelle : le retrait lignager eſt de même une grace accordée à la famille, & qui n'eſt pas moins réelle.

Enfin, le ſieur Bernard citoit un Arrêt du Grand-Conſeil, du 7 Avril 1721, qui avoit débouté la dame Dejean de Launac d'une demande qu'elle avoit formée en rabattement du décret de la terre de Launac : le décret avoit été fait aux Requêtes du Palais, à Paris, & la terre étoit ſituée dans l'étendue du reſſort du Parlement de Toulouſe.

La réponſe du ſieur de Mérinville étoit que la dame de Launac avoit été déboutée, parce qu'elle vouloit agir comme fille

* V. ſur le rabattement de décret, la Déclaration de 1736, imprimée à la fin de cette Diſſertation.

& comme perſonne libre, & on lui oppoſoit qu'elle étoit mariée à Paris, & ſuivant la Coutume de Paris, & qu'elle devoit ſe faire autoriſer par ſon mari, ou par Juſtice.

Dans cette affaire du Comte de Rieux, on faiſoit quantité d'objections contre l'uſage du rabattement de décret obſervé à Toulouſe, mais qui n'ont point trait à la réalité de nos queſtions, & que je paſſe ſous ſilence pour cette raiſon.

La queſtion de la nature du rabattement bien examinée & bien diſcutée avec le Syndic-Général de la Province de Languedoc, qui avoit donné ſa Requête d'intervention, cet uſage fut jugé réel, & le Parlement de Paris, par Arrêt du 27 Avril 1739, adjugea le rabattement du décret de la terre de Rieux, au ſieur Comte de Mérinville; M. Pallu, Rapporteur; M. Bargeton, Avocat du ſieur Comte de Mérinville *. Voici le diſpoſitif de l'Arrêt.

* M. Cochin étoit Avocat du ſieur Bernard, *v. 5. vol. de ſes Œuvres, p. 8 & ſuivantes.*

Notredite Cour faiſant droit ſur le tout, ayant égard aux demandes de François-Armand de Montiers de Mérinville, ayant repris l'inſtance au lieu de défunt Gaſpard de Montiers de Mérinville ſon pere, & à l'intervention du Syndic-Général de la Province de Languedoc, ſans s'arrêter aux demandes dudit Bernard, tendantes tant afin de maintenue en la propriété, poſſeſſion & jouiſſance des terres & Baronnies de Rieux, ſituées en la Province de Languedoc, Droits utiles & honorifiques en dépendants à lui adjugés en notre Cour, le 21 Juin 1707, qu'en reſtitution des fruits, & émoluments pour les entrées aux Etats de Languedoc, dont il eſt débouté, ordonne le rabattement du décret deſdites terres & Baronnies de Rieux; en conſéquence condamne ledit Bernard à en laiſſer la poſſeſſion & jouiſſance audit François-Armand de Montiers de Mérinville, rembourſant par lui préalablement, ſuivant ſes ordres, audit Bernard le prix du décret, frais d'icelui & loyaux couts, les impenſes & améliorations, & autres ſommes légitimement dues.

## *ONZIEME QUESTION.*

Voici une autre eſpece. Il n'eſt pas loiſible en Provence de vendre les immeubles à l'encan, & il y a certaines formalités à obſerver: on a demandé ſi un créancier vendant en vertu d'Arrêt du Parlement de Paris, un bien ſitué en Provence, on ſera tenu d'obſerver ces formalités de Proven-

ce; cette queſtion ſe trouve agitée dans un Livre, intitulé Recueil de quelques Statuts de Provence, donnés par Bomy, *chap.* 20, *pag.* 28.

» Il n'y a perſonne, dit-il, qui ignore qu'en ce Pays il faut » exécuter les Sentences & Arrêts de nos Magiſtrats, ſur les » biens meubles ou immeubles des débiteurs condamnés, à la » façon qui s'enſuit.

» C'eſt à ſavoir ſur les meubles, en les faiſant vendre en pu- » blic encan, gardées les ſolemnités requiſes.

» Mais ſi on prend engagerie des immeubles, il n'eſt pas loi- » ſible de les vendre à l'encan; ainſi il faut que ſur iceux les » créanciers ſe faſſent colloquer, eſtime deſdits biens préalable- » ment faite par les eſtimateurs jurés du lieu, ou par experts, » ſi ainſi a été dit, & telle eſt la Coutume dudit Pays à laquelle » on ne peut contrevenir, ſans encourir une caſſation d'exé- » cutions, avec dépens, dommages & intérêts, ſuivant les Ar- » rêts que la Cour a coutume de rendre en toute occurrence.

» Ce que deſſus eſt très-véritable, quand on exécute les » Arrêts ou Sentences données par des Magiſtrats du Pays, » comme il a été dit ci-deſſus.

» Mais ſi on exécute en ce Pays des Arrêts donnés par d'au- » tres Cours au diſtroict deſquelles on exécute par voie de dé- » crets, leſdits Arrêts s'exécutent même ici par même voie: » ainſi a-t-on vu exécuter M. le Comte de Curſon, un Arrêt » du Parlement de Paris, ſur la place de Vaubourgez: le mê- » me a-t-on vu faire à M. le Marquis des Arcs, exécutant auſſi » un Arrêt de Paris, ſur les biens de la maiſon de Sault; à quoi » M. de Créquy ayant formé oppoſition, & icelle ayant été » plaidée audit Parlement de Paris durant une audience, il eut » Arrêt portant que la Cour verroit les pieces, & n'a ladite » oppoſition depuis été jugée définitivement, attendu que ſur » ce point les parties s'appointerent.

» Que ſi ledit Parlement avoit jugé ladite oppoſition défini- » tivement, & vu les Statuts du Pays confirmés par tant d'Ar- » rêts, les articles & requiſitions des trois Etats dudit Pays faites » à Sa Majeſté, lorſqu'en 1482, la Provence fut unie ou réunie » à la Couronne, ſur leſquelles le Roi Louis XI promit par » ſerment de garder & obſerver, tant lui, que ſes ſucceſſeurs, » les conventions, Statuts, privileges & libertés concédés aux » Provençaux, & notamment les Coutumes dudit Pays, ce

» qu'ont aussi juré successivement tous les Rois de France qui » ont depuis succédé à ladite Couronne, on croit que par Ar- » rêt définitif ladite opposition eut été reçue ». Je le crois de même avec cet Auteur.

Pour l'usage des subhastations, discussions & bénéfices d'inventaire dans la Province de Bresse, du Pays de Bugey & de Gex, & pour la Franche-Comté, voyez les Déclarations du Roi, & Ordonnances rapportées par M. d'Héricourt, en son Traité de la vente des immeubles, *pag.* 29 *& suivantes.*

Et pour la formalité des décrets, quand les biens sont situés sur les limites de différentes Provinces non divisées, voyez les Statuts de Bresse, *pag.* 273 *&* 274.

Si l'on veut savoir plus à fond quelles sont les choses qui doivent passer pour décisoires, & celles qui n'appartiennent qu'à l'instruction & à la procédure, il faut avoir recours à Colerus, *de processibus executivis,* cap. 3, n. 210, à Mascardus, *de gen. Statut. interpret. concl.* 7, *n.* 76, & à Francus, *in cap. si duob.* §. *denique, n.* 4, *de appel. & in cap. ult. debit. quæst.* 7 *&* 14, *eod. tit.*

Après avoir parlé des différentes formalités, soit intrinseques, soit extrinseques; c'est-à-dire, de celles qui doivent précéder les actes, celles qui doivent les accompagner, & celles qui doivent les suivre, je proposerai quelques questions particulieres. Je demande d'abord dans quel rang nous mettrons les formalités prescrites pour la dissolution de la communauté.

## *DOUZIEME QUESTION.*

Mais voici une espece beaucoup plus difficile à décider. Je suppose un homme & une femme domiciliés & mariés à Paris; ils ont fait un contrat de mariage avec stipulation de communauté, ou ce qui revient au même, ils n'ont pas fait de contrat, ou même, ils en ont fait un sans parler de communauté, mais aussi sans l'exclure.

Dans tous ces cas, les conjoints sont également communs en biens, soit *in vim contractûs*, soit *in vim taciti pacti.*

Cette communauté ainsi contractée expressément ou tacitement, ne se dissout (comme je viens de l'observer) dans la Coutume de Paris, y ayant des enfants mineurs, que par un inventaire fait après le décès du premier décédé des conjoints, *art.* 240.

Faute d'inventaire, la communauté eſt continuée pour moitié avec le ſurvivant & ſes enfants mineurs; & ſi le ſurvivant ſe remarie, elle eſt continuée entre eux pour chacun un tiers, *art.* 242.

*His poſitis*, le mari vient à décéder, laiſſe des mineurs, & la veuve ne fait pas d'inventaire.

Elle convole en ſecondes noces, mais c'eſt avec un homme domicilié à Bruxelles.

A Bruxelles, où le contrat du ſecond mariage a été paſſé, & le mariage célébré, on ne connoît pas la continuation de communauté, la ſociété eſt réſolue de Droit par le décès de l'un des conjoints; de ſorte que le ſecond conjoint contracte avec cette veuve expreſſément, ou tacitement, en conformité de la Coutume de Bruxelles, une communauté pour moitié.

Dans cette même Coutume, le ſurvivant y ayant enfants ou non du pré-défunt, retient tous les meubles & effets mobiliers.

Delà deux queſtions : les enfants du premier lit de la femme mariée en premieres noces à Paris, & remariée à un habitant de Bruxelles, ſont-ils en communauté avec lui pour un tiers? Premiere queſtion.

Arrivant le décès de la femme remariée, le mari emportera-t-il les effets mobiliers au préjudice des enfants du premier lit? Seconde queſtion.

Nous ne prétendons agiter ces deux queſtions que relativement à la continuation de communauté, qui intéreſſe les enfants du premier lit.

Avant que de les entamer, il eſt bon de tracer quelques principes ſur la continuation de communauté dans la Coutume de Paris.

Il y a de Droit dans cette Coutume, communauté de biens pour moitié entre conjoints, ſi ce n'eſt que les parties l'excluent par une convention expreſſe.

Arrivant le décès de l'un des deux conjoints avec enfants mineurs, la communauté eſt continuée auſſi pour moitié, ſi bon ſemble auxdits enfants mineurs, ſi le ſurvivant ne fait inventaire avec légitime contradicteur. L'inventaire, dans ce cas, eſt tellement néceſſaire, que par Arrêt de réglement du 10 Juillet 1627, il a été jugé dans les Coutumes de Dreux & de Chartres, qu'encore que le ſurvivant fût donataire des meubles & acquêts, & qu'il en eût obtenu la délivrance, néanmoins il y

avoit eu continuation de communauté par tiers dans le cas d'un remariage, l'Arrêt s'en trouvera ci-après.

Dans cette continuation les meubles & effets mobiliers de la communauté, y entrent, & deviennent ceux de la continuation.

Quant aux immeubles, ſoit propres aux conjoints, ſoit conquêts de la communauté, ils n'y entrent que pour les fruits, revenus & arrérages qu'ils peuvent produire.

Auſſi à raiſon de ce que deſſus toutes les dettes paſſives mobiliaires, dont la communauté étoit tenue, ſont dettes de la continuation.

Et à l'égard des arrérages & charges annuelles des fonds, ils ſont à la charge de la même continuation de communauté.

Si c'eſt la veuve qui ſurvit, elle eſt envers ſes créanciers indiſtinctement tenue de la moitié des dettes de la communauté : car ce n'eſt plus le cas de les fixer juſqu'à concurrence de l'émolument, puiſqu'à l'égard des dettes de la communauté, il n'y a pas d'inventaire, & à l'égard de celles de la continuation, elle en eſt tenue indiſtinctement, c'eſt elle-même qui les a faites.

Que ſi c'eſt le mari qui ſoit ſurvivant, il eſt tenu indiſtinctement de toutes les dettes, tant de la communauté, que de la continuation, ſauf ſon recours pour moitié contre ſes enfants acceptants la continuation ; mais audit cas, à leur égard, juſqu'à concurrence ſeulement de ce qu'ils amenderont de la communauté & continuation d'icelle.

Juſqu'ici la communaute & la continuation de communauté ſe partagent par moitié ; mais ſi le ſurvivant ſe remarie, pour lors la communauté eſt continuée par tiers.

Dans cette communauté par tiers tombent tous les meubles de la communauté & de la continuation.

Les immeubles propres de la communauté, les conquêts d'icelle & les acquiſitions faites pendant le veuvage, & juſqu'au ſecond mariage n'y tombent que pour les fruits & revenus.

Si c'eſt le mari qui ſoit le ſurvivant, & qu'il convole en ſecondes noces, il ne perd pas le droit de gérer & adminiſtrer les effets de la communauté & continuation d'icelle ; ce n'eſt proprement qu'une ſeule adminiſtration, mais qui n'a pas la même étendue, & qui n'eſt pas auſſi indéfinie qu'elle étoit

pendant la communauté : le mari peut, à la vérité, à l'égard des meubles, les vendre & en diſpoſer ; mais à l'égard des immeubles, il ne peut vendre que ceux acquis pendant la continuation, & non ceux de la communauté ; cependant la premiere continuation s'unit tellement avec la ſeconde, que les enfants acceptants la premiere, doivent accepter la ſeconde ſans pouvoir les déſunir, ni les ſyncoper.

Mais ſi c'eſt la femme qui ſurvit, & qui ſe remarie, elle perd, à ſon égard, toute adminiſtration ; ſon ſecond mari prend ſa place, & pour lors ce ſont deux adminiſtrations que les enfants peuvent diviſer, en acceptant la premiere continuation, & renonçant à la ſeconde. C'eſt pourquoi le ſecond mari ne ſauroit aliéner les biens immeubles de la communauté, ni ceux de la premiere continuation. Ces biens ſont des propres de la ſeconde continuation, vis-à-vis le ſecond mari.

Cela préſuppoſé, venons préſentement à nos deux queſtions.

On peut dire ſur la premiere, d'un côté, que les enfants ſont en communauté pour un tiers avec leur beau-pere, dans ce qui compoſe cette ſeconde continuation.

En effet, ils ſont conſtamment juſques au jour du remariage, en continuation de communauté, pour moitié, avec leur mere, & ce, en vertu de la Coutume de Paris qui régit la communauté de leur pere, & qui depuis ſa mort les a placés en continuation pour moitié ; mais dans le cas de remariage, la Coutume les met, dudit jour, dans une ſeconde continuation qui n'eſt plus, à cet égard, que pour un tiers ſeulement ; qu'elle ſe remarie où elle voudra, elle porte avec elle cette qualité de commune que lui donne la Coutume de Paris. Ainſi par-tout elle eſt commune d'une communauté régie par Paris, & qui eſt par conſéquent aſſujettie à toutes les Loix de la Coutume de Paris.

En vain le beau-pere exciperoit il qu'à ſon égard il n'a point contracté à Paris, qu'il n'eſt pas ſoumis à cette Coutume, & qu'il a contracté une communauté pour moitié, & non pas par tiers ; on lui répondra qu'il n'a pu ignorer qu'il épouſoit une veuve, qu'il a dû connoître qu'elle avoit des enfants mineurs, qu'elle étoit en communauté avec eux, ſuivant la Coutume de Paris, & que cette Coutume, en cas de remariage, les conſtituoit en communauté par tiers.

Que cela eſt d'autant plus juſte, que leurs meubles & leurs

revenus étant tombés dans cette continuation de communauté, c'eſt en partie de ces effets qu'elle eſt enflée; que ces effets ont apporté un profit à la continuation; qu'il eſt juſte que les enfants en profitent, ces acquiſitions étant faites en partie de leur propre choſe.

Mais, d'un autre côté, l'on répond qu'à la vérité, la communauté & la continuation de communauté doivent être régies vis-à-vis la mere, & les enfants, par la Coutume de Paris; que c'eſt un droit, une créance que les enfants ont contre elle, dont elle ne peut ſe décharger qu'en faiſant un inventaire; qu'ainſi les enfants ſeront bien en droit de lui demander un tiers dans les meubles de ſa communauté, & le tiers des immeubles acquis depuis le remariage; mais que ce tiers qui doit être le tiers de la totalité des meubles & deſdites acquiſitions, ne ſe prendra que ſur la moitié revenant à la femme dans leſdits effets, & nullement ſur le beau-pere.

En effet, à l'égard du beau-pere, il expoſe, avec raiſon, qu'il n'eſt pas régi par la Coutume de Paris; qu'il n'a point contracté en cette Coutume; qu'il ne s'y eſt pas ſoumis; qu'au contraire il a contracté ſuivant la Coutume de ſon Pays, qui admet une communauté non par tiers, mais par moitié; que *ſocius ſocii mei non eſt meus ſocius;* qu'ainſi les enfants peuvent ſe pourvoir contre leur mere, comme ils aviſeront bon être, pour prendre, ſur ſa moitié, le tiers de la totalité; mais non contre lui qui ne doit fournir que moitié de tous les meubles, & moitié des effets par lui acquis, outre les propres de la communauté & premiere continuation.

Par ce tempérament je conſerve aux enfants tous les droits qui leur appartiennent en vertu de la Coutume de Paris; & au mari, ceux qui lui ſont acquis par la Coutume de Bruxelles.

Sur la ſeconde queſtion, il paroîtroit que dans la Coutume de Bruxelles le ſurvivant des conjoints, eſt l'héritier déſigné du prédécédé, dans tous les effets mobiliers, & eſt obligé de payer toutes les dettes perſonnelles.

Or, la ſociété contractée par la femme, avec ſes enfants du premier lit, me paroît être une dette perſonnelle de la femme que le ſecond mari ſera obligé d'acquitter, s'il prend les meubles de la femme. Ainſi pour ſe débarraſſer des prétentions des enfants du premier lit, le mari doit d'abord renoncer à la portion des effets mobiliers, du chef de ſa femme, & enſuite abandonner

abandonner aux enfants du premier lit moitié dans tout ce que leur mere peut avoir acquis avec lui, ſur quoi ils ſe vengeront comme créanciers, s'ils le jugent à propos; & à ſon égard, il prendra l'autre moitié ſeulement pour ſon droit de communauté. Voilà le parti que je prendrois ſur ces deux queſtions que je ſoumets volontiers au Jugement de ceux qui ſont nourris dans le Droit de la Coutume de Bruxelles.

---

## *PIECES JUSTIFICATIVES*

### POUR L'OBSERVATION XXIII.

*Arrêt du Conſeil, concernant les uſages du Parlement de Toulouſe & le rabattement des Décrets, du 30 Juin 1650. Extrait des Regiſtres du Conſeil d'Etat.*

» Sur ce qui a été repréſenté au Roi, étant en ſon Conſeil, » par *l'art. 21 du Cahier des Génades*, trois Etats de la Pro- » vince du Languedoc, que par privilege ſpécial, les Habi- » tants de ladite Province ne peuvent être traduits de leurs » Juges naturels, ſi ce n'eſt ès cas de l'Ordonnance, qui don- » nent lieu à l'évocation & au renvoi devant d'autres Juges, » leſquels encore qu'ils ſoient obligés de juger ſuivant le Droit » écrit, ſous lequel ladite Province eſt régie, & ſuivant l'uſage » des Cours de Parlement de Toulouſe, & des Comptes, Aides » & Finances de Montpellier, qui permet même aux Habitants » dudit Pays, les biens deſquels ont été décrétés, de pouvoir » rentrer dans la poſſeſſion d'iceux, & ſe faire reſtituer contre » les Sentences & Arrêts de décrets deſdits biens, pendant dix » ans, néanmoins ils y ſont difficulté; ſur quoi requéroient leſ- » dits Génades, trois Etats, qu'il plût à Sa Majeſté ſur ce leur » pourvoir. Le Roi étant en ſon Conſeil, la Reine Régente ſa » mere préſente, conformément à la réponſe faite ſur ledit » *art. 21 dudit Cahier*, a ordonné & ordonne que tous les pro- » cès qui ſeront renvoyés pardevant autres Juges que ceux de » ladite Province, ſeront par eux jugés ſuivant le Droit écrit, » Us & Coutumes dudit Pays, & uſages des Compagnies ſu- » périeures de ladite Province. Fait au Conſeil d'Etat du Roi, » Sa Majeſté y étant, la Reine Régente ſa mere préſente, tenu » à Compiegne le 30 jour de Juin 1650. *Signé*, PHÉLYPEAUX. » Collationné. *Signé*, GUILLEMINET.

*Arrêt du Conseil, concernant les usages du Parlement de Toulouse, du 29 Mars 1677. Extrait des Registres du Conseil d'Etat.*

» Sur ce qui a été représenté au Roi, étant en son Conseil, par » les Génades, trois Etats de la Province de Languedoc, qu'en- » core que par Arrêt du Conseil d'Etat, du 30 Juin 1650, Sa » Majesté étant en son Conseil, la Reine lors Régente, sa » mere présente conformément à la réponse faite sur l'*art.* 21, » du cahier qui fut lors présenté à Sa Majesté, elle ait ordonné » que tous les procès de ladite Province, qui seroient réglés » pardevant d'autres Juges que ceux de ladite Province, se- » roient par eux jugés, suivant le Droit écrit, Us & Coutu- » mes de ladite Province & usages des Compagnies supérieures » d'icelle; que même cette disposition fut conforme aux an- » ciennes Ordonnances, & qu'elle ait été renouvellée expres- » sément par celles de votre Majesté; que la pratique en soit » établie sur la raison & sur l'équité, étant juste, & devant » être perpétuellement observé que les procès évoqués ou dis- » traits des Juridictions ordinaires seront terminés par les » Loix & jugés suivant les maximes des mêmes Juridictions, » où ils avoient été introduits, & où naturellement ils de- » voient être consommés, néanmoins les habitants de ladite » Province sont tous les jours jugés (lorsqu'ils sont traduits » devant d'autres Juges que ceux de ladite Province) contre, » & au préjudice des Loix, & des maximes qui sont suivies en » icelle; ce qui a obligé les Etats assemblés en la ville de Mont- » pellier, par permission de Sa Majesté, de prendre une déli- » bération au mois de Janvier dernier, portant que les dépu- » tés du Pays en Cour poursuivroient un Arrêt général, por- » tant que, suivant les Droits & libertés de ladite Provin- » ce, confirmés par plusieurs Lettres-Patentes de Sa Majesté » & Arrêts de son Conseil, lorsque les habitants de ladite Pro- » vince seront obligés de plaider devant des Tribunaux étran- » gers & hors ladite Province, les instances qui y seront pen- » dantes, de quelque nature qu'elles soient, seront jugées sui- » vant le Droit écrit, Us & Coutumes observées dans les » Compagnies supérieures de ladite Province : requérant les » suppliants qu'il plût à Sa Majesté, sur ce, leur pourvoir. » Vu ladite Requête *signée* Barbot, Avocat de ladite Provin-

» ce, les pieces attachées à icelle; ouï le rapport, & tout » conſidéré, le Roi en ſon Conſeil, ayant égard à ladite Re- » quête, a ordonné & ordonne que l'Arrêt du Conſeil d'Etat » ci-deſſus mentionné, du 30 Juin 1650, ſera exécuté ſe- » lon ſa forme & teneur, ce faiſant que toutes les inſtances & » procès des habitants de ladite Province de Languedoc, qui » ſeront évoqués, ou en quelque autre maniere que ce ſoit, » juſqu'en d'autres Tribunaux, & par d'autres Juges ſupérieurs » ou ſubalternes que ceux de ladite Province, de quelque » maniere que ce ſoit, leſdites inſtances ſeront jugées, ſuivant » l'uſage & les maximes obſervées dans les Compagnies ſupé- » rieures de ladite Province, à peine de nullité. Fait au Con- » ſeil d'Etat du Roi, Sa Majeſté y étant, tenu au Camp, de- » vant Cambrai, le 29 jour de Mars 1677, *ſigné* PHÉLYPEAUX, » collationné, *ſigné* GUILLEMINET.

*Arrêt du Conſeil qui autoriſe le Réglement fait par l'Aſſemblée des Etats de Languedoc, du 17 Décembre 1685.*

» Sur ce qui a été repréſenté au Roi, étant en ſon Conſeil, » *par les Génades*, trois Etats de la Province de Languedoc, » que dans leur Aſſemblée tenue au mois de Décembre 1684, » ils avoient eſtimé néceſſaire de recevoir les anciens Régle- » ments, & d'en faire de nouveaux en explication, afin que » chacun en eût connoiſſance plus préſente, & qu'ils fuſſent » exécutés avec plus de facilité, auquel effet ils avoient deman- » dé qu'il plût à Sa Majeſté autoriſer leſdits Réglements, dont » la teneur s'enſuit.

» Comme il eſt de la dignité de l'Aſſemblée des Etats, que » lorſque les Seigneurs Evêques & Barons ayant droit d'y en- » trer, n'y aſſiſteront pas en perſonne, &c.

» Le poſſeſſeur par décret d'une des Baronnies, qui ont » droit d'entrées aux Etats, ne pourra être reçu auxdits Etats, » s'il n'a point d'autres titres que ſon décret, attendu que tel » titre ne peut être cenſé incommutable, ſi le Décrétiſte n'a » pas été en poſſeſſion pendant dix années, ſans interruption » en vertu du décret qui ſera fait d'autorité d'une Cour ſubal- » terne, & juſqu'à ce que le décret ſoit devenu un titre incom- » mutable par la poſſeſſion non interrompue deſdites dix ou » trente années, l'ancien titulaire continuera de remplir la

» place de ladite Baronnie, dans l'Aſſemblée des Etats, &c.

» Et vu par Sa Majeſté, la copie des Réglements ci-deſſus, » *ſigné* Guilleminet, Secrétaire deſdits Etats : Sa Majeſté étant » en ſon Conſeil, a autoriſé & homologué leſdits Réglements, » ordonne qu'ils ſeront exécutés, ſelon leur forme & teneur, » & qu'à cette fin le préſent Arrêt ſera regiſtré dans les Regiſ- » tres deſdits Etats de la Province, pour y avoir recours en cas » de beſoin. Fait au Conſeil d'Etat du Roi, Sa Majeſté y étant, » tenu à Verſailles, le 17 Décembre 1685, *ſigné* PHÉLYPEAUX.

*Extrait des Regiſtres des Etats du Pays de Languedoc, & collationné par nous Secrétaire & Greffier deſdits Etats, ſigné Guilleminet. Certificat des Gens du Roi, du Parlement de Toulouſe, au ſujet du rabattement des décrets, du 10 Mai 1707.*

» Nous Claude d'Adviſard, Marie-Joſeph le Maſuyer & Jean- » François Tournier, Conſeillers du Roi en ſes Conſeils, & ſes » Avocats, & Procureur-Généraux, en ſa Cour de Parlement » de Toulouſe, certifions à tous ceux qu'il appartiendra, qu'un » débiteur & les deſcendants d'icelui ſont reçus pendant dix » ans, à rabattre le décret pourſuivi ſur les biens dudit débi- » teur, & de rentrer dans la poſſeſſion des biens décrétés, en » payant réellement ou par conſignation, ou dépôt, les ſommes » légitimement dues & les loyaux couts, ſuivant l'uſage du- » dit Parlement, en témoin de quoi nous avons fait expédier » le préſent certificat, ſigné de nous, contre-ſigné par l'un de » nos Secrétaires, & ſcellé du ſceau du Parquet.

» A Toulouſe, au Parquet, ce 10 Mai 1737, *ſigné* d'Advi- » ſard, le Maſuyer, Tournier, *& plus bas*, par Meſſeigneurs, » *ſigné* Rigal, & ſcellé.

*Déclaration du Roi, portant Réglement pour les adjudications par décret en Languedoc, donnée à Verſailles le 16 Janvier 1736, regiſtrée au Parlement de Toulouſe, & en la Cour des Comptes, Aides & Finances de Montpellier.*

» Louis, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre, » à tous ceux qui ces préſentes verront : ſalut. Nous avons été » informé que la Juriſprudence des différents Tribunaux de

» notre Province de Languedoc, n'eſt pas auſſi uniforme qu'il » ſeroit à déſirer dans la matiere des adjudications par décret. » D'un côté, le Réglement donné par le Roi Henri II, en l'an- » née 1551, ſur les formalités qui doivent y être obſervées, » n'eſt pas exécuté de la même maniere dans cette Province; & » d'un autre côté, on y ſuit des maximes différentes ſur le temps » dans lequel il eſt permis de ſe pourvoir contre les décrets, ſoit » par voie de nullité, ou par l'action qui eſt connue en Lan- » guedoc, ſous le nom de demande en rabattement de décret.

» Sur le premier point, notre Parlement de Toulouſe croit » ſe conformer au véritable eſprit du Réglement de 1551, par » l'uſage où il eſt, en ſtatuant ſur les oppoſitions, d'adjuger en » même-temps le décret des biens ſaiſis réellement, ſauf les dé- » lais de quarantaine, & enſuite de quinzaine, pendant leſ- » quels les encheres ſont reçues; après quoi le décret eſt expé- » dié & délivré en faveur du dernier enchériſſeur; & à l'égard » du ſecond point, la même Compagnie a cru que le terme » dans lequel il eſt permis de ſe pourvoir contre les décrets, » par les voies ci-deſſus marquées, devoit être fixé au temps de » vingt années, lorſque le décret a été adjugé dans un Siege in- » férieur, & à celui de dix ans, lorſque l'adjudication a été faite » au Parlement même.

» Notre Cour des Aides de Montpellier ſuit une Juriſpru- » dence différente ſur l'un & l'autre point. Son uſage, à l'égard » du premier, eſt d'ordonner, avant que d'interpoſer le décret, » qu'il ſera appoſé de nouvelles affiches dans les lieux accou- » tumés, pour demeurer pendant quarante jours; & après un » dernier délai de quinzaine, pendant lequel les encheres ſont » encore reçues, elle n'adjuge le décret que ſur le vu des Pro- » cès-verbaux, non-ſeulement de l'appoſition, mais de la levée » des affiches. La Juriſprudence de cette Cour n'eſt pas moins » oppoſée à celle du Parlement de Toulouſe ſur le ſecond point, » & le délai pour ſe pourvoir contre les décrets par voie de nul- » lité, ou pour en demander le rabattement, eſt étendu indiſ- » tinctement par cette Compagnie, juſqu'au temps de trente » années.

» Dans la réſolution que nous avons priſe de faire ceſſer en » même-temps ces deux diverſités de Juriſprudence, notre in- » tention eſt d'expliquer d'abord ſi clairement les formalités qui » doivent être obſervées à l'égard des décrets, ſuivant le véri-

» table eſprit du Réglement de 1551, que les procédures qui » ſe feront à l'avenir, dans ces deux Cours, ſoient auſſi uniſor- » mes que régulieres, & d'établir enſuite des regles également » fixes & inviolables ſur la faculté qui eſt accordée aux débi- » teurs de ſe pourvoir contre les décrets. Si la maniere de les » attaquer par des moyens de nullité, quoique fondée ſur les » premiers principes de la Juſtice, doit être renfermée dans des » bornes légitimes, il eſt encore plus juſte d'en donner à l'uſage » du rabattement de décret qui eſt inconnu dans la plus grande » partie de notre Royaume, & qui n'étant fondé que ſur des » motifs d'équité & de commiſération, doit être regardé com- » me une grace & comme un bienfait de la Loi, plutôt que » comme un acte de pure Juſtice.

» Quelque favorable que ſoit cette grace, lorſqu'il s'agit de » réparer le mal d'une adjudication faite à vil prix, elle a néan- » moins l'inconvénient de laiſſer l'état des poſſeſſeurs long-temps » incertain, de donner lieu à de nouveaux procès, & d'être » quelquefois nuiſible au débiteur même, dont les biens ne » ſont pas portés à leur juſte valeur, par la crainte qu'ont les » adjudicataires d'être troublés quelque jour dans leur acqui- » ſition. C'eſt donc pour prévenir ces inconvénients, que nous » avons réſolu d'accorder aux vœux de la Province de Langue- » doc un nouveau Réglement ſur une matiere ſi intéreſſante » pour le bien des familles, & d'y prendre les tempéraments les » plus propres à concilier la rigueur de la regle avec la faveur » de l'équité. A ces cauſes, & autres à ce nous mouvants, de » l'avis de notre Conſeil & de notre certaine ſcience, pleine » puiſſance & autorité Royale, nous avons dit, déclaré, ſtatué » & ordonné, & par ces préſentes ſignées de notre main, di- » ſons, déclarons, ſtatuons & ordonnons, voulons & nous » plaît ce qui ſuit.

### Article Premier.

» Les Lettres-Patentes données par le Roi Henri II, le 3 Sep- » tembre 1551, pour ſervir de Réglement ſur les criées, pro- » clamations & adjudications par décret, ſeront exécutées ſelon » leur forme & teneur; & en conſéquence, après que les criées, » ou inquants auront été duement faits & certifiés, & que les » oppoſitions qu'il eſt d'uſage de juger avant le décret, auront

» été vuidées, il ſera ordonné, ſoit par le Jugement qui inter-
» viendra ſur leſdites oppoſitions, ou par un Jugement ſéparé,
» qu'il ſera procédé le quarantieme jour à l'adjudication du dé-
» cret, & qu'à cet effet il ſera appoſé des affiches, ainſi qu'il
» ſera réglé par les articles ſuivants.

II.

» Incontinent après la ſignification dudit Jugement au Pro-
» cureur de la Partie ſaiſie, ſi elle en a conſtitué un, ſinon après
» qu'il aura été ſignifié à la perſonne, ou au domicile de ladite
» Partie, il ſera dreſſé une affiche qui contiendra qu'il ſera
» procédé quarante jours après à l'adjudication des biens ſaiſis au
» plus offrant & dernier enchériſſeur. Sera fait mention dans
» ladite affiche, de la continence, bornes & ſituations deſdits
» biens, lorſqu'il s'agira de biens roturiers; & ſi ce ſont des
» biens nobles, il ſuffira d'expliquer le nom des Fiefs & le prin-
» cipal manoir d'iceux, & de marquer le reſte ſous le nom gé-
» néral de circonſtances & dépendances. Ladite affiche ſera ap-
» poſée à la porte de l'Auditoire du Siege où le décret ſera pen-
» dant, & pareilles affiches ſeront miſes, tant à la porte du
» principal Manoir des débiteurs, qu'à la principale porte des
» Egliſes Paroiſſiales des Lieux où ils ſont ſitués. Sera en outre
» fait lecture & publication du contenu en ladite affiche à la
» même porte deſdites Egliſes, un jour de Dimanche, à l'iſſue
» de la Meſſe Paroiſſiale; & ladite affiche ſera ſignifiée au Pro-
» cureur de la Partie ſaiſie, ſi elle en a un, ſinon à ſa perſonne,
» ou à ſon domicile, comme auſſi au plus ancien Procureur des
» Oppoſants.

III.

» Le délai de quarantaine ne commencera à courir que du
» jour de la lecture & publication de l'affiche faite à la porte des
» Egliſes Paroiſſiales des Lieux, ainſi qu'il eſt réglé par l'article
» précédent.

IV.

» Les Procès-verbaux d'appoſition d'affiches, & publication
» d'icelles, ſeront remis au Greffe, à la diligence du pourſui-
» vant, ſans qu'il ſoit beſoin de rapporter aucun Procès-verbal

» de la levée deſdites affiches, ni de faire aucune autre procé-
» dure, ou formalité dont nous abrogeons l'uſage.

V.

» A l'échéance de la quarantaine, la plus haute enchere qui
» aura été faite au Greffe pendant ladite quarantaine, ſera lue
» publiquement à la premiere Audience ſuivante, & ſeront re-
» çues toutes encheres à la même Audience, de la part de tou-
» tes perſonnes aſſiſtées de leurs Procureurs, ou de la part deſ-
» dits Procureurs; & ſur la derniere & plus haute deſdites en-
» cheres, ſera prononcée l'adjudication, ſauf quinzaine, laquelle
» ſera ſignifiée au Procureur plus ancien des Oppoſants, à celui
» du dernier enchériſſeur & de la Partie ſaiſie, ſi elle en a un,
» ſans qu'il ſoit néceſſaire de faire ladite ſignification à la per-
» ſonne, ou au domicile de ladite Partie, encore qu'elle n'eût
» point conſtitué de Procureur, ni pareillement de faire aucunes
» nouvelles affiches, ni publication.

VI.

» A l'expiration de ladite quinzaine, pendant laquelle toutes
» encheres pourront être reçues audit Greffe, il ſera procédé,
» la premiere Audience ſuivante, à l'adjudication pure & ſim-
» ple, au profit de celui qui aura été le plus haut enchériſſeur,
» lors de l'adjudication, ſauf quinzaine, ou de celui qui aura
» fait la plus haute enchere pendant ladite quinzaine, ou à la-
» dite Audience. Laiſſons à la prudence des Juges d'ordonner
» une, ou pluſieurs remiſes de ladite adjudication, même une
» publication ſurabondante d'affiches, lorſqu'ils jugeront, ſur
» les remontrances des Parties intéreſſées, ou même d'office,
» que le prix des biens qui doivent être adjugés, n'a pas été
» porté à leur juſte valeur.

VII.

» Lorſque les ſaiſies réelles ſeront pourſuivies dans les Sieges
» inférieurs, après le Jugement qui aura ordonné l'adjudication,
» ainſi qu'il a été dit ci-deſſus, il ne ſera plus permis de ſe pour-
» voir contre les procédures qui auront précédé ledit Jugement,
» par demande à fin de nullité, ſauf à interjetter appel dudit
Jugement,

» Jugement, & à alléguer pour moyen d'appel la nullité deſdi-
» tes procédures; ce qui aura lieu pareillement après l'adjudi-
» cation, pour les procédures qui auroient été faites depuis le
» Jugement, par lequel l'adjudication aura été ordonnée juſqu'à
» ladite adjudication.

VIII.

» L'appel deſdits Jugements ne pourra être reçu que pendant
» le temps de dix années, à compter du jour de la ſignification
» deſdits Jugements à la Partie ſaiſie, lorſqu'elle aura été faite
» à ſa perſonne, ou à ſon domicile, lequel délai ne courra point
» contre les pupilles & les mineurs.

IX.

» La prohibition portée par l'Article VII, de ſe pourvoir par
» voie de nullité, dans les cas qui y ſont exprimés, aura pareil-
» lement lieu dans les mêmes cas, lorſque les décrets ſeront
» pourſuivis en notre Cour de Parlement de Toulouſe, ou en
» notre Cour des Aides de Montpellier; ſauf aux Parties inté-
» reſſées à ſe pourvoir par Lettres en forme de Requêtes civi-
» les; ſoit contre l'Arrêt qui aura ordonné l'adjudication, ou
» contre celui qui l'aura prononcée, & d'employer pour moyen
» de Requête civile, la nullité de la procédure & autres ouver-
» tures de droit, conformément à l'Ordonnance de 1667, &
» dans les différents délais qui y ſont preſcrits, ſuivant la qua-
» lité des perſonnes, ſans préjudice néanmoins de la voie d'op-
» poſition, s'il y écheoit, pour ceux qui n'auront pas été Par-
» ties auxdits Arrêts.

X.

» N'entendons rien innover à l'uſage obſervé dans le reſſort
» de noſdites Cours, ſur la formalité de la miſe en poſſeſſion
» des biens adjugés par décret, ſans néanmoins que le décret
» puiſſe être annullé, en conſéquence de l'omiſſion de ladite
» miſe en poſſeſſion, ou des défauts de forme qui pourroient s'y
» rencontrer.

XI.

» Les propriétaires des biens décrétés, ou leurs enfants &

» deſcendants pourront ſeuls ſe pourvoir en rabattement de dé-
» cret, & ce dans le délai ci-après marqué, après lequel ils ne
» pourront y être reçus, à peine de nullité.

XII.

» Le délai pour former la demande en rabattement de décret,
» ſera de dix ans, ſoit que ledit décret ait été interpoſé en l'une
» de noſdites Cours, ou qu'il ait été adjugé dans une Juriſ-
» diction inférieure.

XIII.

» Ledit délai ne commencera à courir que du jour de la
» miſe en poſſeſſion faite dans les formes requiſes, ſans néan-
» moins que ledit délai puiſſe être prorogé, ſous prétexte des
» nullités qu'on prétendroit ſe trouver dans ladite miſe en poſ-
» ſeſſion, lorſque leſdites nullités ne ſeront alléguées qu'après
» ledit temps de dix années; voulons au ſurplus que la fin de
» non-recevoir réſultant dudit délai de dix ans, ne puiſſe être
» oppoſée en aucun cas, par ceux qui auront omis la formalité
» de ladite miſe en poſſeſſion.

XIV.

» Le délai de dix ans mentionné aux deux articles précé-
» dents courra contre les pupilles & les mineurs, ainſi que con-
» tre les majeurs, ſauf le recours, s'il y écheoit, contre leurs
» Tuteurs ou Curateurs.

XV.

» La demande en rabattement de décret ne pourra être for-
» mée qu'en notre Cour du Parlement de Toulouſe, & en no-
» tre Cour des Aides de Montpellier, chacune en ce qui la re-
» garde, & ce, encore que les décrets aient été interpoſés par
» les Juges inférieurs.

XVI.

» Celui qui demandera le rabattement de décret, ſoit par
» demande principale, ou par demande incidente, ſera tenu,
» avant que de pouvoir y être admis, de faire des offres réelles à

» l'adjudicataire, du prix total de l'adjudication ; & ſi l'adjudica-
» taire refuſe de le recevoir, il ſera pareillement tenu de con-
» ſigner ledit prix au Greffe de celle deſdites Cours où la deman-
» de ſera portée.

XVII.

» A l'égard des frais & loyaux couts, rembourſement des
» Droits Seigneuriaux, centieme denier, améliorations & au-
» tres choſes qui pourroient être dûs à l'adjudicataire, la liqui-
» dation en ſera faite dans le délai qui ſera fixé par noſdites
» Cours ; à l'effet de quoi elles commettront, ſi beſoin eſt, le
» Juge des lieux, ou autre Juge plus prochain, en cas de ſuſpi-
» cion ou autre cauſe légitime.

XVIII.

» Les fruits des biens décrétés appartiendront à celui qui
» aura obtenu le rabattement de décret du jour que le prix de
» l'adjudication aura été reçu ou conſigné, ainſi qu'il eſt porté
» par l'Article XVI, & réciproquement les intérêts de la ſom-
» me à laquelle montera la liquidation mentionnée en l'article
» précédent, courront en faveur de l'adjudicataire, du jour
» que ledit prix aura été reçu ou conſigné juſqu'au jour de l'ac-
» tuel paiement de ladite ſomme.

XIX.

» L'adjudicataire ne pourra être dépoſſédé des biens décrétés
» juſqu'au parfait rembourſement, tant de la ſomme à laquelle
» ſe montera ladite liquidation, que des intérêts d'icelle : pour-
» ront néanmoins noſdites Cours, en cas de retardement affecté
» de la part dudit adjudicataire au ſujet de ladite liquidation,
» faire ceſſer le cours deſdits intérêts, s'il y écheoit, même le
» condamner au délaiſſement deſdits biens, ſauf à lui de faire
» faire ladite liquidation, ainſi qu'il aviſera bon être.

XX.

» Les demandes en nullité ou en rabattement de décret qui
» ſe trouveroient avoir été formées avant l'enrégiſtrement de la

» préſente déclaration, ſeront jugées ſuivant les regles ci-de-
» vant obſervées par chacune de noſdites Cours.

XXI.

» Les demandes en nullité qui n'auroient pas été formées
» avant l'enrégiſtrement de notre préſente Déclaration en noſ-
» dites Cours, ne pourront y être reçues, qu'ainſi qu'il a été réglé
» par les Articles VII & IX ci-deſſus; & à l'égard du délai
» dans lequel leſdites demandes en nullité, ou les demandes en
» rabattement de décret pourront être formées, voulons que
» dans tous les cas où ledit délai ne doit être que de dix ans,
» ſuivant la préſente Déclaration, leſdites demandes puiſſent
» être reçues dans ce qui reſtoit à expirer du délai qui avoit lieu
» ci-devant, ſuivant la Juriſprudence de noſdites Cours; ſans
» néanmoins que ledit délai puiſſe être porté dans aucun deſ-
» dits cas, au-delà du temps de dix ans, à compter du jour de
» l'enrégiſtrement des préſentes en noſdites Cours, & ce, en-
» core qu'il dût être plus long, ſuivant les regles qui y étoient
» ci-devant obſervées.

XXII.

» Voulons au ſurplus que la préſente Déclaration ſoit exécu-
» tée, ſelon ſa forme & teneur, dans notre Province de Lan-
» guedoc, dérogeant à cet effet à toutes Loix, Ordonnances,
» Edits, Déclarations & uſages, en ce qu'ils pourroient avoir
» de contraire aux diſpoſitions des préſentes. Si donnons en
» Mandement à nos amés & féaux les gens tenants notre Cour
» de Parlement de Toulouſe, qu'ils aient à les faire lire, pu-
» blier & enrégiſtrer, & le contenu en icelle garder, & faire
» obſerver, ſuivant leur forme & teneur, ſans y contrevenir,
» ni ſouffrir qu'il y ſoit contrevenu en quelque ſorte & manie-
» re que ce puiſſe être: car tel eſt notre plaiſir, en témoin de
» quoi nous avons fait mettre notre ſcel à ceſdites préſentes.
» Donné à Verſailles, le ſeizieme jour de Janvier, l'an de gra-
» ce, mil ſept cent trente-ſix, & de notre regne, le vingt &
» unieme. *Signé* LOUIS, *& plus bas, par le Roi,* PHÉLYPEAUX.

*Extrait des Regiſtres du Parlement de Toulouſe.*

» Vu la Déclaration du Roi, donnée à Verſailles, le 16 de » ce mois, ſigné Louis, & plus bas, par le Roi, Phélypeaux, » ſcellée du grand ſceau de cire jaune, portant réglement pour » les adjudications par décret en Languedoc, & tout autre- » ment, comme il eſt porté par ladite Déclaration, contenant » vingt-deux Articles, & ouï, ſur ce, le Procureur-Général du » Roi. La Cour a ordonné & ordonne que ladite Déclaration » du Roi, ſera enrégiſtrée en ſes Regiſtres, pour le contenu » en icelle être gardé & obſervé, ſelon ſa forme & teneur, & » que copies d'icelle duement collationnées, ſeront envoyées » dans tous les Bailliages, Sénéchauſſées & autres Juſtices Roya- » les, du reſſort de la Cour à la diligence des Subſtituts dudit » Procureur-Général, qui en certifieront la Cour dans le mois. » Prononcé à Toulouſe, en Parlement, le vingt-huitieme Jan- » vier mil ſept cent trente-ſix, collationné, *ſigné*, LAVEDAN, » contrôlé, *ſigné*, ROUJOUX. M. DE REQUY, Rapporteur.

*Extrait des Regiſtres de la Cour des Comptes, Aides & Finances de Montpellier.*

» Vu par la Cour, la Déclaration du Roi, donnée à Verſail- » les, le 16 Janvier préſent mois, ſigné Louis, & plus bas, » par le Roi, Phélypeaux, ſcellée du grand ſceau de cire jaune, » portant réglement pour les adjudications par décret en la » Province de Languedoc, ladite Déclaration contenant vingt- » deux Articles, & les concluſions du Procureur-Général du » Roi; la Cour, les Chambres & Semeſtres aſſemblées, a or- » donné & ordonne que ladite Déclaration de Sa Majeſté, ſera » regiſtrée ès regiſtres de la Cour, pour être exécutée, ſelon ſa » forme & teneur, & copies collationnées en ſeront envoyées » à la diligence du Procureur-Général, dans tous les Bailliages, » Sénéchauſſées & autres Juges ſubalternes du reſſort de la » Cour, pour y être lue, publiée & regiſtrée, les Audiences te- » nant : enjoint aux Subſtituts du Procureur-Général d'y tenir » la main, & de certifier la Cour dans le mois de leurs diligen- » ces, à peine de radiation de leurs gages. Prononcé à Mont- » pellier, en ladite Cour des Comptes, Aides & Finances, le

» vingt-huitieme Janvier, mil ſept cent trente-ſix, collation-
» né, *ſigné* ALBISSON. M. DE LAURES, Sous-Doyen, Rapporteur.

*Acte de notoriété, &c.*

» Vu par nous Hiérôme d'Argouges, &c. la Requête à
» nous préſentée par Jacques le Clerc, Greffier des Produc-
» tions du Conſeil, expoſitive que dans une inſtance pendante
» en une autre Juriſdiction que le Châtelet, on prétend faire
» valoir contre lui des paiements prétendus faits par quelques-
» uns de ſes débiteurs, à un Huiſſier porteur de titres & pieces,
» paiements qui ne ſont pas juſtifiés par les contraintes, &
» procès-verbaux de cet Huiſſier, mais par des quittances
» ſous ſignature privée, données par l'Huiſſier, pour quoi il nous
» requéroit de lui accorder un acte de notoriété de l'uſage qui
» s'obſerve au Châtelet ſur la validité des paiements faits par
» les débiteurs aux Huiſſiers porteurs des titres & pieces, pour
» les contraindre; ladite Requête, *ſigné* Chevance, Procureur.
» Sur quoi, après avoir entendu les Avocats & Procureurs de
» ce Siege, & conféré avec les Juges & Gens du Roi, nous at-
» teſtons & certifions par acte de notoriété que l'uſage du Châ-
» telet a toujours été de contraindre les créanciers de tenir
» compte, & de faire déduction à leurs débiteurs des ſommes
» payées par leſdits débiteurs aux Huiſſiers porteurs de titres
» & pieces pour contraindre au paiement, pourvu que leſdits
» paiements ſoient faits, & que la mention en ſoit faite ſur un
» commandement, procès-verbal de ſaiſie ou autre contrain-
» te, parce que le créancier ayant chargé l'Huiſſier pour faire
» les contraintes, eſt réputé avoir eu confiance en lui, & lui
» avoir donné pouvoir de recevoir; pouvoir qu'il fait ceſſer
» quand il veut en retirant ſes pieces: d'ailleurs ces paiements
» ne peuvent être ignorés du créancier, parce qu'outre la quit-
» tance de l'Huiſſier portée par la copie de la contrainte qui eſt
» entre les mains du débiteur, ils ſont encore mentionnés
» dans l'original de cette même contrainte que l'Huiſſier doit
» remettre au créancier; & cet Huiſſier n'ayant reçu qu'en
» exerçant les fonctions de ſa charge, le créancier a contre lui
» la contrainte par corps pour la reſtitution de ce qu'il a reçu,
» comme étant un fait de ſa charge: il n'en eſt pas de même
» des paiements faits par les débiteurs à un Huiſſier ſur ſa ſim-

» ple quittance; l'Huiſſier n'agiſſant plus comme porteur de ti-
» tres, & ne faiſant pas les fonctions de ſa charge, n'eſt plus re-
» gardé comme ayant le pouvoir du créancier, & n'eſt pas ſou-
» mis à la contrainte par corps, ni envers le créancier, ni en-
» vers le débiteur pour la reſtitution de ce qu'il a reçu : un tel
» paiement ne peut être regardé que comme une confiance du
» débiteur en l'Huiſſier; rien n'empêcheroit un Huiſſier qui au-
» roit été un ſeul jour porteur de titres, & qui auroit fait une
» contrainte de donner pluſieurs années après au débiteur, des
» quittances antidatées, & de faire naître des paiements incon-
» nus au créancier. C'eſt pourquoi il n'eſt pas d'uſage au Châ-
» telet de forcer le créancier à approuver, ni à tenir compte
» des paiements faits à un Huiſſier, quoique porteur des pieces,
» quand ces paiements ne ſont juſtifiés que par des quittances
» particulieres de l'Huiſſier. Donné le 18 Juin 1754, *ſigné*
» D'ARGOUGES & LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU, pré-
» mier Avocat du Roi, au Châtelet de Paris.

*Arrêt de la Cour de Parlement, du 16 Avril 1737, qui juge qu'un Etranger ne peut ſe ſervir du bénéfice des deniers de charité pour ſortir de priſon. Extrait des Regiſtres du Parlement.*

» Louis, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre,
» au premier Huiſſier, ou Sergent ſur ce requis, ſavoir faiſons
» qu'entre Théodore-Guſtave Dambar, de la Ville de Mander,
» dans l'Electorat d'Hannovre, Priſonnier ès Priſons du petit
» Châtelet, Demandeur en Requête du 15 Avril précédent
» mois, tendante à ce qu'il plût à notre Cour de Parlement lui
» accorder ſa liberté, en conſéquence des deniers de la charité,
» en conſignant le quart des cauſes de ſon écroue & recomman-
» dations, laquelle conſignation ſeroit faite au Greffe de ladite
» Priſon où il eſt détenu, & ordonner qu'attendu le quart deſ-
» dits deniers de charité, il lui ſeroit accordé terme & délai de
» trois années pour payer le ſurplus deſdits écroue & recom-
» mandations, & ſurſis à la contrainte par corps pendant leſ-
» dites trois années, & que faute de paiement des trois quarts
» reſtants deſdits écroue & recommandations, les Sentences
» portant condamnation contre lui, reprendroient leur force
» & vertu; à quoi faire les Greffier & Geolier ſeroient contraints

» par corps, quoi faiſant, ils en ſeroient & demeureroient bien » & valablement quittes & déchargés, d'une part; & Jacques » Delafond, Marchand de bois à Paris, Pierre Compagnot, » auſſi Marchand de bois, & le ſieur Trubert, Défendeurs & » Demandeurs judiciairement, à ce qu'attendu les offres de » payer le quart de leurs créances des deniers de charité, il leur » fût donné acte de ce qu'ils conſentoient que ledit Théodore-» Guſtave Dambar fût élargi & mis hors des priſons du petit » Châtelet, d'autre part; & encore Dame Marie-Thérèſe de » Prime, veuve du ſieur Antoine Coutier, ancien Mouſque-» taire du Roi, tutrice de Genevieve, Dominique & Marie » Coutier, filles mineures dudit défunt & d'elle, ayant droit » par déclaration ſous ſignature privée de Jean-Baptiſte Gal-» lier, Bourgeois de Paris, du 13 Mars dernier, contrôlée à » Paris, par Blondelu, le 19 du même mois, ſignifiée le lende-» main 20, tant audit Dambar, qu'au ſieur Ducheſne, Gref-» fier deſdites Priſons, défendereſſe & oppoſante à la ſortie » dudit Dambar, attendu ſa qualité d'Etranger, les Lettres » de naturalités par lui préſentées à l'Audience, n'étant pas » enrégiſtrées en notre Cour de Parlement; en ſorte qu'il ne » peut pas jouir du bénéfice introduit, ſuivant les différentes » circonſtances, en faveur des Regnicoles qui ont recours aux » deniers de charité, pour ſortir de priſon, en payant le quart, » ou tiers de leurs dettes, d'autre part, ſans que les qualités » puiſſent nuire, ni préjudicier aux Parties; après que Bille-» coq, Avocat de Dambar; Frouard, Avocat de Delafond & » Conſorts; Saviard, Avocat de la veuve Coutier, ont été » ouis: enſemble Joly de Fleury, Subſtitut pour notre Procu-» reur-Général, qui a fait le récit de la procédure. Notre Cour » déboute la Partie de Billecoq de ſa Requête, & le condamne » aux dépens. Mandons mettre le préſent Arrêt à exécution. » Donné en Parlement, ſéant au Châtelet, le ſeize Avril l'an » de grace mil ſept cent trente-ſept, & de notre regne le vingt-» deuxieme. Collationné, *ſigné* CHAMPION. Par la Chambre, » *ſigné* MIREY.

*Acte*

*Acte de notoriété de la Sénéchauſſée de Ponthieu, à Abbeville, ſur les formalités des inventaires, confirmé par Arrêt du 27 Août 1704, rendu à la Grand-Chambre, au rapport de M. Robert.*

» A tous ceux qui ces préſentes Lettres verront : André de » Mouchy, Chevalier, Baron de Niſme, Vicomté de la Quen- » te, Seigneur de Failly & Gouverneur de Ponthieu, ſalut : » ſavoir faiſons que ſur la Requête faite en jugement parde- » vant nous, par Me Pierre de Poilly, Procureur de Claude » Danvilliers d'Epinoy, contenant qu'au Procès qu'il a pen- » dant en la Cour de Parlement, à l'encontre de dame Marie- » Charlotte de Mannay, épouſe autoriſée de Meſſire Alexan- » dre-Henri de Créquy, Marquis d'Hémont, & Meſſire Marc- » Antoine de Mannay, Seigneur de Camp, par Arrêt contra- » dictoire, du 21 jour d'Avril dernier, avant faire droit ſur la » queſtion de ſavoir, ſi le compte de la geſtion, que défunte » dame Marie Touchat, mere des parties, veuve en ſecondes » noces de Meſſire Pierre de Mannay, Seigneur de Camp, a eu » des biens dudit Seigneur de Camp, & de ladite dame Char- » lotte de Mannay, ſes enfants, du ſecond lit, doit être rendu » par ledit ſieur Danvilliers, en qualité de légataire univerſel.

» Il a été ordonné que les parties feront diligence de rappor- » ter dans ſix ſemaines des actes de notoriété en bonne forme, » du ſiege de cette Sénéchauſſée, & des autres ſieges Royaux de » la même Coutume, touchant les formalités obſervées dans » la même Coutume, pour la confection des inventaires, lorſ- » qu'il y a des mineurs, & la néceſſité d'y faire trouver un cu- » rateur pour leſdits mineurs, ou un Subſtitut de M. le Procu- » reur-Général du Roi, au défaut d'un curateur, même des ju- » gements deſdits ſieges, ſi aucuns ont été rendus ſur ladite » queſtion, & des inventaires par leſquels on puiſſe connoître » l'uſage obſervé dans ladite Coutume : c'eſt pourquoi il nous » auroit préſenté ſa Requête à ce qu'il nous plût, pour l'exécu- » tion dudit Arrêt, du 21 Avril dernier, lui donner acte de no- » toriété..... que l'uſage en cette Sénéchauſſée eſt que la Cou- » tume de Ponthieu, ne requérant point de formalité pour la » confection des inventaires, ceux qui ſe ſont faits juſqu'à pré- » ſent, lorſqu'il y a des mineurs, l'ont été ſans que les cura-

» teurs des mineurs aient été préſents, ni ſommés, & ſans que » pour l'abſence des curateurs, on ait été en uſage d'y appeller » le Subſtitut de M. le Procureur-Général, leſquels inventai- » res n'ont été agités juſqu'à préſent de nullité, pour le défaut » de préſence des curateurs, ou du Subſtitut de M. le Procu- » reur-Général, en l'abſence deſdits curateurs, & ont toujours » été eſtimés valables, & qu'il n'y a point de jugement ſur cette » queſtion, n'ayant point été agitée en ce ſiege, tels inventaires » n'ayant point été conteſtés : lecture faite dudit Arrêt, du 21 » Avril dernier, de l'exécution duquel il s'agit, par ledit de » Poilly Procureur dudit ſieur d'Epinay en perſonne, & en » préſence dudit ſieur Marquis d'Hémont ; après avoir pris l'a- » vis des Avocats & Procureurs de cette Sénéchauſſée, par- » lant Me Jean Donville, Doyen deſdits Avocats, & Me Phi- » lippe le Fevre, Doyen deſdits Procureurs, communiqué, & » ouï les Gens du Roi, & conféré avec les Juges de ce ſiege.

» Nous déclarons pour notoriété que la Coutume de Pon- » thieu, ne requérant aucune formalité pour la confection des » inventaires, ceux qui ſe ſont faits juſqu'à préſent, lorſqu'il y » a des mineurs, l'ont été, aucuns en préſence des curateurs, » d'autres en leur abſence, après avoir été ſommés, & d'autres » ſans que les curateurs aient été préſents, ni ſommés, & ſans » que pour l'abſence des curateurs on ait été en uſage d'y appel- » ler le Subſtitut de M. le Procureur-Général.

» Leſquels inventaires ainſi faits, n'ont été juſqu'à préſent » argués de nullité, pour le défaut de préſence des curateurs & » du Subſtitut de M. le Procureur-Général, en l'abſence deſ- » dits curateurs, ni aucuns Jugements rendus à ce ſujet, & de- » meureront les actes arrêtés par les communautés des Avocats » & Procureurs, ſur leſquels leſdits Donville, Avocat, & Phi- » lippe le Fevre, Procureur, ont porté la parole, au Greffe de » ce ſiege, pour y avoir recours. Donné & expédié le Mardi » ſeptieme jour de Mai 1704, à Abbeville, l'Audience tenante » pardevant Nous Jacques le Bel, Ecuyer, Seigneur de Huſ- » ſenneville, Conſeiller du Roi, Lieutenant-Général en la » Sénéchauſſée de Ponthieu, & Siege Préſidial d'Abbeville : » préſents Honoré de Buiſſy, Ecuyer Seigneur de Long, & » Longpré, Lieutenant particulier. Louis Maneſtier, Ecuyer » Seigneur de Braſigny, Aſſeſſeur. Pierre Doremieux, Sei- » gneur de Neuville. Nicolas Bries, Ecuyer Seigneur, Haut-

» Juſticier de Hallencours. François-Gaſpard de Ray. Jean-
» Baptiſte de Montungnon d'Héricourt. Louis de Boulogne,
» Ecuyer Seigneur de Beaurepaire. Pierre le Fevre, ſieur de
» la Poterie. Charles Gaillard, Ecuyer Seigneur de Gapenne.
» Jean-Maurice, Seigneur de Doncqueur. Nicolas Grifon,
» Sieur de Monchel. Nicolas Duval, & Nicolas le Fevre ſieur
» des Amourettes, tous Conſeillers audit Siege, *ſigné*, LE
» FEVRE.

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

## CHAPITRE IV.*

### *De la permiſſion requiſe pour teſter dans la Province d'Utrecht.*

### SOMMAIRE.

I. *Juſqu'où s'étend un teſtament fait pardevant le Juge d'une Ville, ou d'un Bourg, ſans Lettres, ou avec des Lettres d'octroi, & s'il eſt permis de faire ſon teſtament pardevant la Cour Provinciale.*

II. *Si des conjoints qui dans les Terres d'Utrecht, & pardevant le Juge de leur Village, ſe ſont laiſſés mutuellement, par teſtament, l'uſufruit de leurs biens, ont fait une diſpoſition valable des biens ſitués hors le détroit du Village.*

III. *Quel eſt ſur cette matiere le Droit qui s'obſerve dans la Ville Capitale d'Utrecht.*

IV. *L'Etranger, comme celui de la Nation, diſpoſe valablement, ſans Lettres d'octroi, des biens ſitués hors la Province.*

V. *Teſte-t-on chez nous valablement en Jugement, ſans Lettres d'octroi des biens ſitués hors la Province?*

VI. *Le teſtament d'un homme domicilié dans une Ville, qui étant malade, teſte dans ſa maiſon devant le Juge & deux Echevins, eſt-il valable?*

VII. *Que faut-il dire de celui qui teſte à la campagne?*

VIII. *Un homme d'Utrecht qui teſte ailleurs, ſans Lettres, des biens qu'il a dans notre Province, teſte-t-il valablement?*

IX. *Eſt-il libre de teſter d'un bien emphytéotique, ſans Lettres d'octroi? & quand a-t-on beſoin du conſentement du bailleur?*

X. *Un teſtament fait en faveur de la cauſe pie, peut-il ſubſiſter ſans Lettres?*

XI. *Celui fait entre enfants, peut-il ſubſiſter dans le même cas?*

XII. *L'Emphyteutaire peut-il teſter ſans le conſentement du bailleur, ou de la Cour Provinciale?*

XIII. *Le vaſſal le peut-il de ſes Fiefs, ſans le conſentement du Seigneur, du moins entre enfants?*

XIV. *Perſonne ne diſpoſe de ſon Fief, ſans le conſentement du Conſeil Provincial, ſi le Seigneur ſupérieur eſt vaſſal, ou ſujet des Etats de la Province.*

I. IL eſt néceſſaire que nous traitions encore plus amplement de la nature des Lettres d'Octroi qui s'obtiennent parmi nous pour teſter. Cette matiere n'a pas encore été expliquée, à ce que je crois, par qui que ce ſoit, & nous n'avons fait que l'entamer dans le Chapitre précédent. Premiérement, il y a une queſtion qui eſt de ſavoir, ſi moi qui ſuis dans la Province d'Utrecht, & qui ai intention de teſter pardevant le Juge d'une Ville, ou de quelque Bourg de cette Province, j'ai beſoin de Lettres d'octroi. Il faut être ici averti que parmi nous les Jugements ſont tellement renfermés dans l'étendue de la Juriſdiction du Juge, que les teſtaments qui ſont faits en Jugement, ne s'étendent pas aux biens qui ne ſont pas dépendants de la Juriſdiction, & cela eſt clair par les Lettres mêmes qui ne permettent de teſter pardevant le Juge, que des biens qui ſont dans l'étendue de ſon territoire, en ſorte que par rapport à d'autres biens, vous prétendriez en vain, ſans le ſecours de ces Lettres, faire valoir ce qui ne pourroit pas même valoir avec des Lettres (ſi nous prenons bien garde à leur teneur) & la même choſe eſt nommément ordonnée par un Statut d'Amesford.

C'eſt pourquoi, pour répondre à la queſtion propoſée, il ſemble qu'il faille dire que le teſtament vaudra pour les biens ſitués dans l'étendue de la Juriſdiction où le teſtament aura été fait, mais non pas pour les biens ſitués ailleurs, fût-ce dans l'étendue de la Province; de ſorte que même avec des Lettres, le teſtament ne pourroit ſubſiſter, puiſqu'elles ne donnent la liberté de teſter en Jugement, que des biens ſoumis à la Juriſdiction; & par conſéquent, quant aux teſtaments faits en Jugement, les Lettres n'accordent rien de nouveau, ne parlant de ces ſortes de teſtaments judiciaires, qu'afin que l'on ne croie pas qu'en introduiſant la formalité de teſter pardevant un Notaire & des témoins, on ait abrogé celle de teſter pardevant le Juge; ce qui a été agité, il n'y a pas long-temps, dans notre Conſeil Provincial; & ce que nous venons de dire nous ap-

prend que les Notaires qui ſont créés par les Etats de la Province, ſans aſſignation particuliere pour un territoire, le ſont pour toute la Province, & qu'ils ont plus de pouvoir en cette partie, que les Juriſdictions qui ont chacune leur étendue bornée & limitée, & que les Etats ont voulu renfermer dans leur diſtrict, ſans permettre que les biens d'un lieu fuſſent aliénés, & les domaines transférés pardevant tout autre Juge, quoique, ſelon moi, quand on a obtenu des Lettres, on ne doive pas en uſer ſi rigoureuſement dans les Campagnes, à cauſe du peu de Notaires qu'on y rencontre.

Comme ces Lettres n'accordent que deux manieres de teſter ſeulement, ou en Jugement des biens ſitués dans l'étendue de la Juriſdiction, ou pardevant un Notaire & deux témoins, on a demandé ſi un teſtament ne ſeroit pas valable, étant fait dans la Cour Provinciale qui accorde ces Lettres, & il faut répondre la négative par cette raiſon, qu'il n'a jamais été permis d'aliéner, ni transférer ſes immeubles, pardevant même la Cour Provinciale, mais ſeulement en la Juriſdiction de la ſituation des biens, ſuivant Radelant. *deciſ.* 88, *n.* 3, il pourroit peut-être y avoir plus de difficulté par rapport aux meubles, parce qu'il eſt ordinaire de les aliéner pardevant cette Cour, ſelon le même Radelant. *eod. loc.* Cependant il ne paroît pas que pour ce cas-là même on puiſſe embraſſer l'affirmative, puiſque les Lettres comprennent également les meubles & les immeubles, & que ce ne ſeroit pas un bon argument pour l'affirmative, que de raiſonner des teſtaments, par ce qui ſe pratique pour les aliénations entre vifs. C'eſt ainſi qu'encore que par le Droit Romain, l'aliénation entre vifs des meubles fût rendue très-facile, cependant en fait de diſpoſitions teſtamentaires, il ne falloit pas moins de ſolemnités pour diſpoſer des meubles, que des immeubles.

II. Voici une queſtion ſur laquelle j'ai appris qu'il y avoit eu conteſtation très-ſérieuſe en notre Conſeil; c'eſt à ſavoir ſi des conjoints ayant diſpoſé mutuellement entre eux, pardevant le Juge de leur Bourg, de l'uſufruit de leurs biens, cette diſpoſition pouvoit valoir par rapport à des biens ſitués hors de la Juriſdiction du Juge. Je doute fort que l'affirmative ſur cette queſtion, ſoit auſſi vraie qu'elle a eu de ſuffrages qui l'ont emporté : car elle eſt combattue par la teneur même des Lettres qui accordent la permiſſion de conſtituer un uſufruit par-

devant le Juge de la ſituation, permiſſion qui ne concerne point les biens ſitués ailleurs, & je ne ſuis nullement touché de ce qui en a cependant touché pluſieurs autres, qui eſt que l'uſufruit dont les conjoints peuvent, parmi nous, diſpoſer entre eux mutuellement, & qui ne peut ſe révoquer que du conſentement des deux, tient de la nature du contrat: car, premiérement, comme les Lettres s'accordent nommément pour autoriſer cette diſpoſition en uſufruit, c'eſt un grand argument qu'elle eſt regardée comme diſpoſition de derniere volonté; & le Réglement de la Province, *art.* dernier, *rub. de pacto ant.* en eſt une preuve bien convaincante: ce Réglement défend, à la vérité, aux conjoints de ſe donner, ou léguer l'un à l'autre leurs biens, ſi ce n'eſt mutuellement, & en uſufruit; mais il ajoute, *afin que les legs qu'ils ſe feront, ſoient mutuels*, & cette reſtriction fait connoître qu'encore que le Réglement emploie indifféremment le terme de *donner* & celui de *léguer*, néanmoins la prohibition du Réglement ne tombe que ſur la faculté de ſe léguer, & non de ſe donner; & ce, à cauſe peut-être que pluſieurs penſent qu'entre le mari & la femme il n'y a pas de contrat entre vifs, qui puiſſe ſubſiſter à raiſon de la puiſſance maritale; mais de ce que la révocation de la diſpoſition ne dépend pas de la volonté d'un ſeul, dans la crainte qu'ils ne puſſent ſe ſurprendre l'un l'autre, il ne s'enſuit pas que cette diſpoſition dégénere en contrat, & c'eſt ce que nous examinerons par la ſuite.

D'ailleurs quand nous accorderions que les conjoints peuvent, entre vifs, ſe donner l'uſufruit de leurs biens, il ne s'enſuit pas que cette diſpoſition faite devant un Juge, doive ſubſiſter par rapport à des biens ſitués dans une autre Juriſdiction, parce qu'il eſt certain aujourd'hui que l'on ne peut pas même aliéner entre vifs ſes immeubles, ni les faire paſſer à un autre, ſi ce n'eſt pardevant le Magiſtrat de la ſituation. Or, l'uſufruit eſt tellement mis au nombre des immeubles, qu'il eſt regardé en pluſieurs occaſions, comme faiſant partie de la propriété. *L.* 4, *ff. de uſuf.*

Auſſi voyons-nous en fait d'aliénation, qu'étant défendu d'aliéner une choſe, il eſt pareillement défendu d'en aliéner l'uſufruit, comme étant une eſpece d'aliénation de la choſe, ou de partie d'icelle, ſuivant la Loi derniere. *C. de reb. alien. non alien.* raiſon pour laquelle l'uſufruit eſt communément mis par

nos Docteurs, au nombre des immeubles. Burg. *tract.* 1, *n.* 5; Argentré *ad art.* 433, *gl.* 3, *n.* 3 & 4; Chopin, *de morib. Pariſ. liv.* 2, *tit.* 5, *n.* 22; Caſtillo, *de uſufr. cap.* 52, *n.* 10; Barboſ. *in C. tit. de uſufr. ad lib.* 16, *n.* 16 & pluſieurs autres.

C'eſt ainſi qu'il a plu aux Etats de la Province de faire payer pour l'uſufruit concédé d'une choſe, le 40^e^ denier qui ſe paie pour l'aliénation de tous les immeubles.

C'eſt pourquoi il y a cette différence entre le fermier & l'uſufruitier, que l'uſufruit affecte tellement le fonds, que le changement de propriétaire ne fait point perdre à l'uſufruitier ſon droit d'uſufruit. *L. neque ff. quib. mod. uſufr. amitt.* Pendant que la choſe affermée étant vendue à un autre, ce nouvel acquéreur n'eſt point tenu d'entretenir le bail. *L.* 9, *C. locat.* Le Jugement dont j'ai parlé ci-devant, & où les voix, pour l'affirmative, ont prévalu, a été rendu le 19 Décembre 1648.

III. Cependant dans les Notes manuſcrites ſur nos Loix, Notes qui ſont dans les mains de preſque tous ceux qui ſont employés dans le Barreau, aux fonctions auguſtes de la Juriſprudence, & que l'on attribue à Evrard Vanderſchuer qui, dans ſon temps, étoit un Avocat fort employé parmi nous, je trouve qu'il a été jugé par un Jugement de notre Conſeil Provincial, du mois de Juin 1566, confirmé dans la Cour Souveraine de Malines, que l'uſufruit que des conjoints s'étoient donné mutuellement de tous leurs biens, dans les Regiſtres publics de la Ville, devoit avoir lieu pour les biens mêmes qui étoient ſitués hors la Ville.

Dans ces cahiers manuſcrits il eſt porté que cela fut ainſi jugé à cauſe d'un ancien uſage particulier de la ville, & non pas ſuivant la Loi, ou l'uſage de la Province; & ce qui me le fait croire ainſi, & qui eſt très-vraiſemblable, eſt que j'ai trouvé dans les pieces viſées dans le jugement, que les parties avoient mis en fait, & allégué comme certain cet ancien uſage de la Ville, & qu'il étoit intervenu un jugement interlocutoire avant le jugement définitif, qui avoit ordonné une Enquête, apparemment pour conſtater pleinement la vérité de cet uſage, & je ſuis d'autant plus porté à le croire ainſi, que par l'Edit de la Nation, *art. dernier, rub. de pact. ante nup.* il eſt dit que les conjoints peuvent ſe léguer l'uſufruit de leurs biens pardevant le Juge de la Ville, de maniere que l'on peut dire que cet Edit qui eſt de Charles-quint, étant poſtérieur & pré-

cis

cis pour cette eſpece, a été rendu pour abroger toutes les Lettres d'Octroi précédentes & générales, qui avoient pour lors uſage dans toute la Province, ainſi qu'on peut le voir dans Radelant, *deciſ.* 125, *fol.* 149. Pareillement on lit dans les mêmes notes de l'Auteur, dont nous venons de parler, qu'un teſtament fait pardevant le Juge du Village de Hageſteyn, avoit été jugé bon par le Conſeil Provincial, pour les biens ſitués par-tout ailleurs; mais l'Auteur obſerve qu'il ne ſait ſi ce jugement eſt fondé ſur une Loi particuliere du lieu, ou ſi le Juge ne s'eſt pas déterminé ſur ce que la partie adverſe ſembloit avoir approuvé le teſtament par la demande qu'elle avoit formée en délivrance de legs: d'où l'on voit combien il eſt dangereux de s'en rapporter à ces Arrêtiſtes, qui ſe copiant les uns les autres, nous donnent des Arrêts, dont ils ne ſavent pas les eſpeces par eux-mêmes, & qui ſouvent prennent le change, par rapport à la raiſon de décider; & plût à Dieu, que parmi les Flamands, Chriſtineus, qui nous a donné les Arrêts de Malines, ne fût pas tombé dans ce défaut, auſſi-bien que Papon, chez les François, quoique ces Auteurs aient recueilli avec aſſez d'exactitude quantité de déciſions journalieres du Barreau, & ſoient d'un grand ſavoir.

IV. Tout ce que nous venons de dire eſt parfaitement bon pour les biens ſitués dans notre Province. Faut-il dire la même choſe dans le cas où un homme de notre Pays, ou même un étranger, fera ſon teſtament parmi nous, de biens ſitués ailleurs? & ſur cette queſtion, il n'y a aucune différence à faire quant aux biens: car quelque perſonne que ce ſoit qui teſte parmi nous de biens ſitués dans une autre Province, elle n'a pas beſoin d'obtenir de permiſſion, puiſque les Lettres qui ſont accordées parmi nous, ne ſont expreſſément que pour les biens ſitués dans la Province; c'eſt pourquoi comme ces Lettres ne donnent aucun droit de teſter de biens ſitués ailleurs, & que peut-être elles ne le pourroient pas, il eſt clair que par rapport à ces biens, ces Lettres ne peuvent être d'aucune utilité, & qu'il ſeroit inutile d'en obtenir.

V. Nous venons de dire que ces lettres ſeroient inutiles, par rapport aux biens qui ſont ſitués dans une autre Province; cependant en cas que l'on en eût diſpoſé chez nous par un teſtament fait en jugement, cette diſpoſition ſeroit-elle valable? Si nous diſons qu'elle eſt bonne, nous approcherons plus du vrai, ſans

faire diſtinction entre le Citoyen & celui qui eſt étranger, comme nous l'avons montré ci-devant, *tit.* 2, *cap.* 3, *n.* 2; & quoique ce ſoit une choſe particuliere à notre Province, qu'un teſtament fait pardevant le Juge d'une Juriſdiction, ne puiſſe valoir dans une autre Juriſdiction quant aux biens qui y ſont ſitués, cela doit s'entendre des biens ſitués dans notre Province : car d'ailleurs nous avons dit ci-devant qu'il ſuffit qu'un teſtament ſoit fait ſelon les formalités requiſes dans le lieu de la ſituation; c'eſt pourquoi un pareil teſtament auroit ſans difficulté ſon effet pour les biens ſitués en Hollande, parce qu'il eſt fait en jugement, & que l'uſage autoriſe en Hollande les teſtaments faits en jugement, ſuivant Grotius, & cette maniere de teſter eſt auſſi approuvée par le Droit Romain, *L.* 19, *de teſtam.*

VI. Il faut ajouter ici une autre queſtion qui s'eſt derniérement agitée dans notre Conſeil Provincial : c'eſt de ſavoir ſi le teſtament d'un certain homme de Montfort, étoit bon & valable. Cet homme étoit malade, & avoit obtenu des Lettres d'Octroi; mais il avoit fait ſon teſtament en ſa maiſon devant le Juge & deux Echevins, & toutes les voix ſe réunirent pour la négative cette année 1651, aux Fêtes de Pâques, & cela, parce que par la Loi qui s'obſerve dans la Ville d'Utrecht, Loi que les Villes de la Province, qui n'en ont point de particulieres pour elles, ſuivent volontiers, un homme ne peut teſter en ſa maiſon pardevant le Juge, qu'en appellant, outre le Juge, quatre Echevins, c'eſt-à-dire, deux de plus que ſi le teſtament avoit été fait en jugement, ou dans le lieu deſtiné pour rendre la juſtice, à cauſe que hors ces cas, il y a plus d'occaſion de ſoupçonner la fraude, & que par conſéquent on déſire plus de formalités, ſuivant que l'enſeignent tous ceux que cite Mævius, *ad Jus Lubecenſe, part.* 2, *tit.* 1, *art.* 2, *n.* 128; de la même maniere que tous nos Docteurs ſoutiennent qu'il faut ſept témoins dans le teſtament de celui qui teſte hors jugement, ou hors du lieu où ſe rendent les jugements, quoique ce ſoit pardevant le Juge même. Voyez Barry, *de ſucceſſ. lib.* 1, *tit.* 2, *n.* 4 : & comme celui qui avoit teſté à Montfort, avoit choiſi la voie de teſter en jugement, il étoit auſſi néceſſaire qu'il fût aſtreint à toutes les formalités requiſes principalement, puiſque les Lettres ne diſpenſent pas des formalités qui s'obſervent en jugement; de maniere que l'on peut ici employer la regle

ordinaire de nos Docteurs, que la faculté de teſter n'eſt préſumée accordée qu'en ſe conformant aux formalités du lieu où ſe fait le teſtament, voyez Maſcard. *de Stat. interp. concl.* 7, qui cite *Afflict.* & pluſieurs autres Auteurs.

VII. Ce que nous venons de dire pour les Villes de notre Province, aura-t-il lieu pour les campagnes? On a un peu varié dans les jugements ſur cette queſtion : tantôt on a jugé pour l'affirmative, & tantôt pour la négative, voyez Radel. *deciſ.* 117; enfin on vient de juger pour ce dernier parti : & comme c'eſt le dernier état, c'eſt auſſi celui qui, ſelon moi, doit prévaloir, parce qu'il me paroît aſſez raiſonnable que les campagnes qui ſont dépourvues de ce grand nombre d'habitants, ſoient auſſi diſpenſées de ce grand nombre d'Echevins, de peur que n'en pouvant pas ſouvent raſſembler cinq, le nombre en étant moindre dans les campagnes que dans les villes, & n'y ayant pas toujours la facilité d'avoir un Notaire, ces pauvres gens de campagne ne ſoient privés de la ſatisfaction de faire un teſtament. C'eſt ainſi que chez les Romains ces ſortes de gens ont mérité d'être déchargés de ce grand nombre de témoins. Vous avez un jugement du Conſeil-Provincial rendu entre *Jean Rutgerſſz*, contre *Dweduwe van Adrian Rutgerſſz*, au mois d'Octobre 1617, par lequel il a été jugé que le nombre de deux Echevins ſuffiſoit.

VIII. Nous ſerons peut-être un peu plus embarraſſé à décider ſi le teſtament d'un homme d'Utrecht, fait ailleurs ſans Lettres, ſubſiſtera, par rapport aux biens qui ſont ſitués dans l'étendue de notre Province. Vous ſoutiendrez qu'il doit ſubſiſter en ce que ces Lettres appartiennent à la ſolemnité, & que par conſéquent elles ne ſont pas néceſſaires, lorſque l'on teſte ailleurs; mais peut-être faut-il dire autrement, & que la néceſſité d'obtenir ces Lettres ne regarde point en général l'action de teſter, & n'aſſujettit point indiſtinctement tous ceux qui teſtent à Utrecht, ce qui eſt néanmoins le propre des ſolemnités requiſes, pour la validité d'un acte; mais qu'elles ſont néceſſaires en particulier pour les teſtaments où l'on diſpoſe des biens ſitués dans notre Province; en ſorte que la néceſſité des Lettres affecte certains biens, comme pourroit faire un Statut réel. C'eſt pour quoi Chriſtinéus, *ad L. Melchl. tit.* 17, *art.* 3, *addit. in principio*, dit que la forme preſcrite à Malines, pour diſpoſer des biens qui y ſont ſitués, eſt néceſſaire à

ceux mêmes qui testent ailleurs, & il assure que cela a été jugé ainsi plusieurs fois, & Wamesius. *cent.* 6, *cons.* 7, *n.* 2 *& suivants*, est de cet avis : d'où l'on voit qu'un Hollandois qui dispose en Hollande par testament, suivant la forme qui y est observée, des biens qu'il a situés à Utrecht, sans obtenir de Lettres, ne dispose pas valablement, parce que la nécessité des Lettres étant expressément restrainte pour les biens situés dans la Province d'Utrecht, il est sensible que la permission portée par ces Lettres, ne concerne pas seulement les domiciliés ou les natifs de la Province ; mais que cette permission est réelle, & concerne la chose en elle-même, & que par conséquent les étrangers comme les domiciliés y sont également assujettis, quant aux biens qui y sont situés, comme l'explique assez au long Wamesius, *dicto loc. n.* 4.

Cependant si vous examinez ce sentiment de bien près, vous trouverez qu'il a encore ses difficultés. Nous avons fait voir ci-devant que l'effet des Lettres consiste en ce que nous sommes déchargés de la nécessité de faire notre testament pardevant chaque Juge de la situation des biens dont nous voulons disposer, & d'ailleurs nous avons établi par l'avis de tous nos Docteurs, que la faveur des dernieres dispositions a déterminé à dispenser les testateurs de la nécessité d'observer toutes les formalités de la situation ; en sorte qu'il suffisoit de tester suivant celles du lieu où se fait le testament. C'est pourquoi le Conseil-Provincial a jugé que le testament d'un habitant d'Utrecht, qui avoit été fait en Hollande, sans Lettres d'octroi, de biens situés sous notre gouvernement, étoit bon.

Que si quelqu'un aime mieux prendre ce parti, il le peut pour les cas néanmoins où il n'y aura pas une évidente présomption, que le testateur s'est transporté ailleurs pour faire son testament, dans l'intention de se soustraire aux formalités du domicile, & éviter de payer le droit qui se paie, pour l'obtention des Lettres d'octroi, auquel cas, selon l'expression de nos Docteurs, il y a fraude d'un lieu à un lieu : sur quoi l'on peut consulter Peck. *de testam. conjug. lib.* 4, *cap.* 29, *n.* 3. Mascard. *de Statut. concl.* 6, *n.* 134, *& sequentibus ;* mais s'il n'y a pas de fraude, on peut soutenir qu'un pareil testament ne sera pas infirmé, encore que le testateur qui n'a point obtenu de Lettres meure ensuite en son domicile, suivant les moyens allégués par Peck. *lib.* 3, *cap.* 19, quoique Mævius allegue quelques

moyens au contraire, *ad jus Lubec. part.* 2, *art.* 16, vers la fin.

IX. Les Lettres d'octroi portent préciſément qu'elles ne ſont point accordées pour les biens emphytéotiques ; d'où il pourroit paroître étrange pourquoi les Légiſlateurs n'ont pas aſſujetti ces biens, quant aux ſolemnités de teſter, aux mêmes Loix que les Fiefs, puiſque parmi nous ces ſortes de biens ſont réglés dans les ſucceſſions par le Droit des Fiefs, quoiqu'ils different preſqu'en toute autre choſe ; on voit bien qu'ils ont regardé plus favorablement les emphytéoſes, que les fiefs & les autres biens, en ce que l'on ne peut teſter de ceux-ci ſans Lettres, pendant qu'ils veulent, à l'égard des emphytéoſes, qu'on s'attache aux termes du contrat emphytéotique, & qu'on en obſerve ſcrupuleuſement toutes les conventions. *Inſtr. curiæ rub.* 1, *art.* 32 ; de ſorte que ſi dans le contrat il eſt porté que l'on ne pourra pas teſter du bien emphytéotique, ſans le conſentement du bailleur, le droit du bailleur doit être conſervé ; que ſi au contraire il n'y a pas de convention, il faut, en ce cas, au lieu de requérir le conſentement du bailleur, prendre des Lettres d'octroi, comme pour tous autres biens, quoique je ſache qu'aujourd'hui on a communément coutume de prendre le conſentement du bailleur. Toutes ces diſpoſitions ſont fondées ſur ce qu'y ayant une grande quantité de terres incultes parmi nous, il a paru plus avantageux de multiplier les emphytéoſes que les fiefs, & d'exciter les propriétaires à faire de ces ſortes de baux qui obligent les emphyteutaires à bien cultiver les terres, ſous l'appas d'en jouir pendant longues années, & d'en retirer de grands profits pendant ce temps.

On a agité derniérement au Conſeil Souverain, ſi un teſtament fait en faveur des pauvres, mais ſans avoir pris de Lettres, étoit bon & valable, le procès étant pour un héritage entre l'héritier & le légataire, qui tous les deux demandoient la poſſeſſion proviſionnelle ; le Conſeil la donna aux Pauvres, l'an 1650, vers les Fêtes de Noël, & je trouve que Sercérius a été autrefois de cet avis. Nous avons encore la Conſultation d'un Avocat qui, dans ſon temps, a joui d'une grande réputation.

Et c'eſt pareillement l'avis de Radelant. *deciſ.* 125, *n.* 34, fondé ſur ce que les Lettres d'octroi ſont priſes, afin que les teſtaments faits en vertu de ces Lettres, ſoient auſſi valables que ſi on avoit obſervé toutes les formalités de la Loi muni-

cipale ; d'où il ſuit que les teſtaments privilégiés qui ſont diſpenſés de ces formalités ordinaires, ne peuvent pas être aſſujettis aux formalités des Lettres. Au nombre de ces ſortes de teſtaments privilégiés, ſont compris, ſelon les Loix Romaines, les teſtaments entre enfants, qui, par cette raiſon, ne ſont pas aſſujettis aux Lettres d'octroi, ſuivant un Jugement du Conſeil Provincial, rapporté par Radelant. *deciſ.* 44. Il en eſt de même ſelon les Décrétales de ceux faits en faveur des Pauvres, *cap. relatum de teſtam.* Voyez Joann. à Sandé, *deciſ. friſ. lib.* 4, *tit.* 1, *defin.* 13. Sous ce même terme de legs pieux ſont pareillement compris ceux faits aux domeſtiques & autres perſonnes qui n'ont pas les beſoins de la vie, encore que par le teſtament il ne ſoit pas dit expreſſément que le legs eſt fait pour les ſecourir, ainſi que j'ai appris que le Conſeil Provincial l'avoit jugé. Cependant, pour parler vrai, la diſpoſition du Droit Romain me paroît bien plus ſenſée : ſelon ce Droit, il eſt clair que cette ſorte de teſtament doit être munie des formes ordinaires, ſuivant la Loi 13, *C. de Sacroſanct. Eccleſ.* & cela devoit être d'un aſſez grand poids parmi nous, pour ne pas croire que les Décrétales qui ne ſont que trop favorables à ceux qui font une profeſſion expreſſe de mendier, aient pu faire rejetter & abolir une ſi grande autorité, puiſqu'au contraire nous voyons que le Parlement de Paris avoit appointé la queſtion de ſavoir ſi l'on pouvoit confirmer un teſtament purement nuncupatif, & dont les diſpoſitions étoient affirmées par des témoins, à cauſe qu'aujourd'hui une forme plus ſimple de teſter, ayant ſuccédé aux formalités Romaines, il falloit du moins obſerver le peu de formalités preſcrites par la Loi municipale. Chopin *de privil. ruſt. lib.* 3, *cap.* 7, *n.* 9 ; Charond. *liv.* 11, *reſp.* 47 *vers la fin ;* Chriſt. *ad leg. Mechl. tit.* 17, *art.* 1, *n.* 42 ; Grot. doute de la validité de cette diſpoſition teſtamentaire, *in manuduct. lib.* 2, *part.* 17, *in fine ;* & ſi l'on ſe renferme dans les plus purs principes de la Religion, on trouvera qu'elle n'exige pas que les acquiſitions des biens qui ſont choſes purement civiles, ſoient en faveur de la cauſe pie, exemptes de la ſoumiſſion qui eſt dûe aux Loix ; & derniérement Henri Moreelſe, Docteur en Droit, eſprit rare, & d'une profonde érudition, a fort bien traité cette queſtion dans ſes diſputes *de teſtam. privileg. theſ.* 10. C'eſt lui, plus que tout autre, qui m'a engagé à compoſer le préſent Traité, & qui n'a ceſſé de me preſſer,

& de me ſolliciter d'achever, juſques-là même qu'on peut dire qu'il m'y a contraint.

XII. Dans la même cauſe il s'éleva un autre doute qui fut de ſavoir ſi l'emphyteutaire a la faculté de teſter pour cauſe pie d'un bien emphytéotique, ſans le conſentement du Seigneur direct, ſuppoſé que par une convention expreſſe, il ſoit porté qu'il ne ſera pas permis d'en diſpoſer ſans ce conſentement; & je ne crois pas bleſſer la vérité, ſi je réponds pour la négative : car la remiſe des ſolemnités ne peut préjudicier à la néceſſité de requérir le conſentement du Seigneur, qui n'eſt pas de pure ſolemnité, mais qui eſt un droit conventionnel qui appartient au Seigneur ſur l'héritage.

XIII. C'eſt pourquoi celui qui teſte des Fiefs pour cauſe pie, ſans le conſentement du Seigneur, fait une diſpoſition caduque, puiſque la néceſſité du conſentement eſt fondée ſur le droit même du Seigneur, auquel on ne peut donner un nouveau vaſſal malgré lui. Or la cauſe privilégiée ne ſauroit faire tort au droit d'autrui, & Chriſt. ſemble pencher pour cet avis, *vol.* 1, *deciſ.* 304, *n.* 26: d'où Fréderic à Sandé *ad conſuet. feud. Geldriæ, tit.* 2, *cap.* 1, a parfaitement conclu que celui même qui fait un teſtament entre enfants, a beſoin de ce conſentement, quoiqu'un pareil teſtament ſoit mis au nombre des teſtaments privilégiés.

XIV. Enfin nous devons être avertis qu'étant porté dans *l'art.* 32, *rub.* 1 *de notre Inſtruct.* qu'il eſt permis de diſpoſer de quelques Fiefs que ce ſoit, dont les Seigneurs directs ſont vaſſaux & ſujets des Etats d'Utrecht, le Conſeil Provincial a jugé, le dernier Juillet 1596, qu'il ſuffit de l'un, ou de l'autre; c'eſt-à-dire, que le Seigneur direct ſoit, ou vaſſal, ou ſujet, & qu'un teſtament fait en vertu de la conceſſion accordée par le Conſeil Provincial, devoit ſubſiſter ſans le conſentement du Prévôt de l'Egliſe Cathédrale d'Utrecht, d'où le Fief relevoit. La même choſe a été jugée contre l'Abbé de Saint-Paul, par autre Arrêt; l'un & l'autre Seigneurs étoient ſujets des Etats d'Utrecht, mais n'en étoient pas vaſſaux, puiſqu'ils avoient leur Cour féodale particuliere, & Radelant. *deciſ.* 115 cite ces deux déciſions.

## OBSERVATION XXIV.

RODENBURGH dans ce Chapitre établit pluſieurs maximes, qui ont lieu dans ſa Province.

La premiere, que les teſtaments faits en juſtice n'ont de force & de valeur, que pour les biens qui ſont ſitués dans la Juriſdiction du Juge.

2°. Que cela eſt vrai, ſoit qu'on obtienne des Lettres d'octroi, ſoit qu'on n'en obtienne pas.

3°. Qu'avec des Lettres d'octroi qui permettent de teſter pardevant les Notaires créés par les Etats de la Province, on peut teſter de tous les biens ſitués dans la Province.

4°. Que les teſtaments faits même dans la Cour Provinciale qui accorde ces Lettres, ne ſeroient pas valables.

5°. Que les diſpoſitions même en uſufruit entre conjoints, ſont des diſpoſitions à cauſe de mort, & que quand elles ſeroient entre-vifs, on ne pourroit dans l'un & l'autre cas diſpoſer de l'uſufruit que pardevant le Magiſtrat du lieu.

6°. Que le naturel du Pays, & l'étranger n'ont pas beſoin de Lettres d'octroi, pour teſter dans le Pays, de biens ſitués hors la Province.

7°. Qu'un teſtament fait en ſa maiſon pardevant le Juge, n'eſt bon qu'autant qu'il eſt, en outre, fait pardevant quatre Echevins.

8°. Que pour les campagnes, le nombre de deux Echevins ſuffit avec le Juge, pour la validité d'un teſtament.

9°. Que les Lettres d'octroi appartiennent à la ſolemnité & non à la capacité, ni à la réalité, & qu'un homme d'Utrecht qui teſte, *ſalvâ fraude*, hors la Province, de biens même ſitués dans la Province, n'a pas beſoin de Lettres d'octroi.

10°. Que les Lettres d'octroi ne ſont pas néceſſaires pour teſter des biens emphytéotiques, quand on a le conſentement du bailleur, & ce, par pur privilege, pour procurer le défrichement des terres.

11°. Que les teſtaments en faveur des pauvres, ſont diſpenſés de ces Lettres.

12°. Qu'il en eſt de même du teſtament entre enfants.

13°.

13°. Notre Auteur contredit néanmoins les deux dernieres déciſions ci-deſſus.

14°. Que même en faveur de la cauſe pie, on ne peut teſter des biens emphytéotiques, ſans le conſentement du bailleur.

15°. Qu'il en eſt de même quant aux Fiefs dont on ne peut diſpoſer pour cauſe pie, ſans le conſentement du Seigneur.

16°. La permiſſion de diſpoſer des Fiefs, dont les Seigneurs directs ſont vaſſaux & ſujets des Etats, s'entend disjonctivement; en ſorte qu'il ſuffit que le Seigneur direct ſoit vaſſal, ou ſujet des Etats.

De toutes ces déciſions il n'y a que celle qui dit que les Lettres d'octroi appartiennent à la ſolemnité du teſtament, & non à la capacité du teſtateur, ni à la réalité qui puiſſe avoir quelque relation avec nos queſtions mixtes; mais voyez *l'Obſerv.* 21.

## OBSERVATION XXV.

*De l'autorité & exécution dans le Royaume, des Sentences, Jugements & Arrêts rendus dans les Pays étrangers, en matiere civile*, & vice versâ.

JE me renfermerai à traiter ici de l'autorité que les jugements rendus en Pays étrangers, peuvent avoir en France en matiere civile ſeulement. Je laiſſe aux criminaliſtes à parler des jugements rendus en matiere criminelle.

Rodenburgh expoſe en ce chapitre que les jugements ſont renfermés dans l'étendue des Juriſdictions où ils ont été rendus, & ſur les biens qui y ſont ſitués, & qu'ils n'ont point d'exécution dans d'autres Juriſdictions & ſur les biens ſitués ailleurs; il ajoute qu'on ne peut aliéner ſes immeubles par aucuns actes entre-vifs, que pardevant le Juge de la ſituation. J'en ai touché quelque choſe en mes Diſſertations mixtes, *diſſ.* 7, *p.* 134; mais j'ai cru que c'étoit ici le lieu d'en traiter plus amplement.

Les Sentences, Jugements & Arrêts ont pour objet, ou les perſonnes, ou les choſes, ou l'un & l'autre enſemble; c'eſt-à-dire, que les jugements ſtatuent, ou ſur la qualité, l'état & la

condition des perſonnes, & prononcent contre elles des condamnations pures perſonnelles, *ad dandum, vel faciendum, aut non faciendum;* ou ils ſtatuent ſur les choſes, ſoit que ce ſoit ſur la propriété en l'adjugeant à l'un, & ne l'adjugeant pas à l'autre, ſoit que ce ſoit ſur la ſimple poſſeſſion, en l'adjugeant à titre de créancier, ou à quelqu'autre titre que ce ſoit; ou enfin ils ſtatuent tant ſur les perſonnes que ſur les choſes, ſoit en adjugeant la propriété à l'un, & en prononçant contre lui des condamnations perſonnelles au profit de l'autre, ſoit en adjugeant la propriété à l'un, & condamnant encore l'autre en des reſtitutions de fruits; en ſorte que c'eſt le titre de l'action qui caractériſe l'action.

Nous avons emprunté cette diviſion de Burg. *ad conſuet. Fland. tract.* 3, *tit. Utrum Sententiæ excedant territorium.* Et voici comme il s'explique, *omnium condemnationum ſumma diviſio in tria genera deducitur, aut enim in rem, aut in perſonam, aut in utrumque concipiuntur; in rem quoties alicui res aſſeritur, hoc eſt ejus eſſe dicitur, vel jure creditoris, aut alio modo poſſidenda datur, in perſonam, ſi condemnetur ad aliquid dandum, vel faciendum, aut non faciendum, vel ſi perſonæ ſtatum afficiat; in utrumque, ſi & res & perſonæ in condemnationem veniant.*

Cette diviſion de Burgundus trouve ſa ſource dans le droit où l'on diſtinguoit des actions perſonnelles, des actions réelles & une troiſieme eſpece, *quæ mixtam cauſam habere videbantur*, c'eſt-à-dire, qui étoient dirigées, *tam in rem quàm in perſonam;* en ſorte qu'il ſemble que les jugements qui interviennent ſur ces différentes actions, doivent avoir la nature des actions mêmes; ainſi il y a des jugements perſonnels, des jugements réels & des jugements mixtes.

Toutes ces différentes eſpeces de jugements ont auſſi leurs regles différentes; leur autorité a des bornes plus ou moins reſſerrées, & leur exécution a ſes formes qui varient ſuivant les différents lieux, & c'eſt ce que nous nous propoſons d'examiner.

### *Jugements en matiere perſonnelle.*

Ce que nous allons dire, doit principalement s'appliquer aux jugements qui ont paſſé en force de choſes jugées, ou à ceux

rendus en Cour ſouveraine, ou par des Juges dont il n'y a pas d'appel.

Les jugements dont nous parlons ſont intervenus, ou entre des naturels, ou entre des étrangers, ou entre des étrangers & des naturels.

### Premier Cas.

Si les jugements ſont intervenus entre des naturels, il n'y a pas de difficulté que ces jugements, s'ils ſont rendus par Juges compétents, doivent être exécutés ſans nouvelle connoiſſance de cauſe, dans quelqu'endroit du monde qu'on en porte l'exécution, en obtenant les permiſſions dont ſera parlé ci-après. La raiſon en eſt que ces jugements ſont émanés d'une autorité légitime, & ſont rendus entre des perſonnes qui ſont ſoumiſes à cette autorité; que par conſéquent ces jugements que nous ſuppoſons rendus en matiere perſonnelle, ne peuvent plus être ſoumis à l'examen, & à la diſcuſſion d'aucuns autres Juges, qui en cette partie ſeroient toujours incompétents.

Burg. *tract. cit. n.* 12, qui eſt d'avis que les Jugements qui interviennent, n'ont d'autorité que dans l'étendue du térritoire où ils ſont rendus, donne néanmoins force & autorité même hors du territoire, aux Jugements qui ſtatuent ſur l'état & la condition des perſonnes. *Mihi ſola illa (ſententia) quæ de ſtatu perſonæ fertur, explicare vires extra territorii limites videtur.*

Ainſi, ſi un François eſt jugé en France être prodigue, s'il eſt jugé en démence, s'il eſt jugé noble, ou roturier, majeur, ou mineur, il doit être regardé comme tel dans toutes les Juriſdictions du monde.

Il en eſt de même de l'état de légitime, ou d'illégitime. Si un homme eſt jugé de l'un, ou de l'autre état par le Juge qui a droit de ſtatuer ſur ſon état, il eſt par-tout tel qu'il a été jugé par ſon Juge légitime.

Nous dirons donc avec d'Argentré, *cùm de perſonarum jure, aut habilitate quæritur ad actus civiles, in univerſum ea judicis ejus poteſtas eſt qui domicilio judicat, id eſt cui perſona ſubjicitur, qui ſic de eo ſtatuere poteſt, ut quod edixerit, judicarit, ordinarit de perſonarum jure, ubicumque obtineat, quocumque ſe perſona contulerit, propter afficientiam perſonæ*, art. 218, gl. 6, n. 4.

Delà il ſuit que ſi à l'occaſion de la légitimité de la perſonne,

on eſt obligé de diſcuter la validité du mariage de ſes pere & mere, cette diſcuſſion, pour être légitime, doit de regle ordinaire, s'il n'y a pas d'appel comme d'abus, être faite par le Juge de ſa perſonne; & par une ſuite néceſſaire, le Juge qui a décidé ſur la validité du mariage, peut en même-temps déclarer & juger la validité des conventions matrimoniales, en tant que dépendantes de la validité du mariage.

Pour bien entendre ceci, il faut ſe rappeller ce que Juſtinien décide dans ſes Inſtituts, au ſujet des mariages non valablement contractés; il dit que dans ces cas, il n'y a, *neque matrimonium, neque dos, neque donatio;* c'eſt-à-dire, que toutes les conventions matrimoniales ſont nulles, comme manquant de baſe & de fondement, qui eſt la validité du mariage.

Mais dans les cas où le Juge déclare la validité du mariage, & en conſéquence la validité des conventions matrimoniales, il ne fait que déclarer que les Parties ont pu faire des conventions matrimoniales, ſans entrer dans l'examen de la valeur du plus, ou du moins qui doit entrer dans ces conventions. Il décide qu'elles ont pu donner & recevoir une dot, qu'elles ont pu accorder un douaire, ſe faire des donations réciproques, & ſtipuler toutes autres conventions que des conjoints peuvent ſe faire, en contractant un mariage valable.

Mais s'il s'éleve par la ſuite des conteſtations ſur le plus, ou ſur le moins de la dot, ſur le plus, ou le moins de douaire qui pouvoit être accordé, le plus, ou le moins qui pouvoit être donné, le Jugement précédemment intervenu, ne juge point ces queſtions, quand elles n'ont point été expreſſément agitées; & ſi elles l'avoient été par rapport à des biens ſitués ſous une domination étrangere, ce ſeroit le cas où on ne pourroit pas exciper de la choſe jugée. Voici l'eſpece ſur laquelle j'ai été conſulté.

Un Particulier domicilié à Paris, épouſe en cette Ville une femme originaire de Flandres, & elle fait à ſon mari une donation univerſelle de tous ſes biens qui étoient très-conſidérables.

Ce mariage fut attaqué par l'appel comme d'abus, & il fut pris incidemment des Lettres de reſciſion contre la donation.

Par Arrêt du . . . . il fut dit qu'il n'y avoit abus, & les Parties furent déboutées de leurs Lettres de reſciſion.

Comme les biens donnés étoient ſitués en Flandres, où les Coutumes ſont très-multipliées, & où il eſt permis de donner plus, ou moins, la queſtion s'éleva de ſavoir, ſi parce que le Parlement avoit débouté des Lettres de reſciſion, on pouvoit exciper, en Flandres, de la choſe jugée.

Cette queſtion fut conſultée à pluſieurs de nos Confreres, qui tous décidoient qu'il y avoit lieu de propoſer l'exception de la choſe jugée, & j'avoue que je donnai d'abord dans cette déciſion; mais après de mûres réflexions, voici la diſtinction que je crus abſolument indiſpenſable ſur l'eſpece propoſée.

Je remarquai que le Parlement n'avoit débouté des Lettres de reſciſion, que parce que, ſans doute, on n'attaquoit la donation que par des moyens généraux de nullité, & comme dépendants de la validité, ou invalidité du mariage; qu'on n'étoit point entré dans l'examen de la diſpoſition des différentes Coutumes de la ſituation des biens; en ſorte que le Parlement n'avoit jugé, en général, autre choſe, ſinon que les Parties pouvoient ſe donner, comme étant valablement mariés; mais que s'agiſſant aujourd'hui de la validité de la donation, par les diſpoſitions particulieres de chacune des coutumes de la ſituation des biens, le Parlement n'avoit jugé, ni pu juger de la validité de la donation, par la dépendance des Loix de la ſituation, en Pays étranger, & je me crus fondé ſur le fameux Arrêt du Parlement de Paris, dont il ſera parlé ci-après, où s'agiſſant d'un partage de biens ſitués partie en France, & partie en domination étrangere, ce Parlement déclara qu'en ſtatuant ſur le partage des biens de la ſucceſſion, il n'avoit nullement entendu ſtatuer ſur les biens ſitués hors le Royaume.

Il faut dire la même choſe des condamnations perſonnelles intervenues ſur des engagements contractés par la perſonne, ou que les Juges peuvent lui impoſer. Ces Jugements rendus par une autorité légitime ſur la perſonne, ne peuvent plus être ſoumis à un nouveau Jugement; l'incompétence ſeroit également notoire. *De omni perſonali negotio, (conſtat) judicis ejus cognitionem eſſe cui perſona ſubſit, ſic ut quocumque perſona abeat, id jus ſit quod ille ſtatuerit.* D'Argentré, art. 218, gl. 6, n. 47.

C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 10 Mars 1687, rapporté par Boniface, *tom.* 3, *liv.* 1, *chap.* 5.

C'eſt pour tous ces cas qu'il eſt vrai de dire, *abſurdum fore, ſi poſt ſententiam diffinitivam alia eſſet ferenda ſententia, &*

*proceſſum in infinitum extrahi, litemque ex lite oriri debere.* Gaiil. lib. 1, obſ. 123.

## Deuxieme Cas.

Si ces Jugements ſont rendus entre des Etrangers (je ſuppoſe qu'ils ſoient contradictoires) c'eſt apparemment parce que ces Etrangers ont ſubi Juriſdiction pardevant les Juges qui les ont rendus. Or ils ont ſubi ainſi Juriſdiction, ou parce qu'ils ont contracté dans leur Juriſdiction, ou parce qu'ils ont promis de payer dans ce lieu, ou enfin parce que le hazard les y a fait rencontrer.

Au premier & au ſecond cas, j'eſtime qu'il faut s'en tenir à ce qui a été jugé entre eux, & que les Jugements ne ſont plus ſujets à examen, comme rendus par Juges compétents. C'eſt le cas d'employer tout ce que nos Auteurs ont dit pour la compétence, tant du lieu du contrat, que du lieu où le paiement doit ſe faire.

En effet, quant au lieu où le contrat a été paſſé, tous nos Auteurs veulent que ce lieu puiſſe donner droit de Juriſdiction ſuivant la Loi. *Hæres* 19, §. *ſi quis tutel. &* §. *perindè* 2, *Cod. de re judicat.*

Il en eſt de même du lieu où le paiement doit être fait. *L. contraxiſſe* 21, *ff. de act. & oblig.*

C'eſt ce qui a fait dire à Colerus, *de proceſſ. execut. part.* 1, *cap.* 3, *n.* 179, *neque verò ſtatutum, aut conſuetudo loci, ſolos cives, & homines ſuburbiorum, veluti ſubditos ſtatuentium comprehendit; verùm etiam forenſes, ac extraneos, dummodo hoc poſteriore caſu duo interveniant cumulativè, puta quod forenſis in loco ſtatuti executivi contrahat, ac poſt moram in loco contractûs, ſive in perſona, ſive in rebus ſuis reperiatur: extranei namque venientes in alienum territorium, ſi quid negotii ibidem gerant contrahendo, vel quaſi, cenſentur ratione facti ſui ibidem celebrati eodem jure quo populus territorii..... idque generale eſt, non tantum in bonæ fidei, ſed & in ſtricti juris judiciis, puta in ſtipulationibus, & ſimilibus in quibus non minùs atque in cæteris contractibus, primo loco ſequimur quod actum eſt, & ubi de eo non apparet quod in regione in qua quid geſtum eſt, frequentatur.*

*Et parte ſecundâ*, cap. 1, n. 77, 78 & ſuivants, *qui ſolutionem pecuniæ deſtinat ad certum locum, is expreſſe ſe obligat,*

*quod ibi velit exigi..... forum deſtinatæ ſolutionis cauſatur ab expreſſo conſenſu partium..... quæ omnia procedunt quantum ad competentiam fori in quo reus pro facienda ſolutione pulſari, vel exigi valeat.*

Brunnémann, Auteur Allemand, *Cod. ubi conveniatur, L. uni.* s'explique de la même maniere, *in contractibus forum ſpeciale eſt locus contractûs, qui duplex eſt, in quem deſtinata ſolutio, vel in quo contractum eſt, nam locus deſtinatæ ſolutionis videtur eſſe ipſe locus in quo dicitur contractum. Nam locus contractûs intelligitur, ubi quid dari promiſſum eſt, ſeu in quo, ut quis ſolveret, ſe obligarit, licet alibi contractus fuerit celebratus, L. contraxiſſe.* 21, *ff. de obl. & act. ſin vero de eo nihil expreſſe dictum, ubi negotium geſtum eſt.*

Je ſais bien que parmi nous, nous n'admettons pas pour regle ordinaire tous ces différents endroits comme lieux de Juriſdiction. Il faut ſe pourvoir au domicile de celui que l'on aſſigne, & l'aſſigner en action perſonnelle pardevant ſon Juge: le titre du *ff. de eo quod certo loc.* & celui du *C. ubi conveniatur*, ne ſont pas obſervés en France, pour déterminer les Juriſdictions; voyez Imbert, en ſon *Enchirid. Lett. B. verbo*, diverſité des biens; Bacquet, *ch.* 8, *n.* 9, des droits de Juſtice, & cela ne fait pas de difficulté en matiere perſonnelle, qui eſt préciſément le cas que nous agitons.

C'eſt pourquoi Mornac, ſur la Loi 19, *de judiciis*, dit que par Arrêt, du 21 Avril 1611, *infirmata eſt Sententia Præfecti Pariſ. qua ſui fori dixerat eſſe quemdam pictonem, & ex eo quod obligatus ille eſſet ſolvere Lutetiæ, licet in Pictavia haberet domicilium.*

Mais quand on dit que le lieu du contrat & le lieu du paiement ſont incompétents parmi nous, ce n'eſt que lorſque l'une des parties demande ſon renvoi, & n'eſt pas revendiquée, ou lorſqu'il ne comparoît pas, & cela ne ſauroit avoir lieu, quand les deux parties conſentent de plaider dans l'un, ou l'autre de ces deux endroits, & que n'étant pas revendiqués, ils ont volontairement ſubi la Juriſdiction, où le jugement contradictoire a été rendu.

Les Marchands néanmoins, ſuivant l'Ordonnance du Commerce de 1673, *tit.* 12, *art.* 17, ont pour raiſon de leurs affaires de Commerce, le choix, ſoit du domicile, ſoit du lieu où la promeſſe a été faite & la marchandiſe fournie, ſoit du lieu

auquel le paiement doit être fait, & cela pour la plus prompte expédition des affaires du Commerce qui intéreſſe toutes les Nations.

Or dans l'eſpece où nous ſommes, il me paroît que le bien des Nations exige la même choſe. 1°. Des étrangers ne ſe trouvent ordinairement dans le cas de ſe pourvoir pardevant d'autres Juges que ceux de leur Nation, que parce qu'ils ſont commerçants; & s'ils n'avoient pas le choix accordé par l'Ordonnance, ils ne ſeroient pas ſouvent à portée d'avoir facilement juſtice, & de ſe faire payer, & le Commerce en ſouffriroit. 2°. Si on n'accordoit pas encore ce choix à ceux mêmes qui ne ſont pas commerçants, on ne ſe trouveroit pas diſpoſé à ſecourir un étranger qui ſeroit par-là expoſé à périr de miſere hors de ſa patrie.

Mais ſi ces étrangers ne ſe ſont pourvus devant les Juges, que parce que le haſard les a fait rencontrer dans leur Juriſdiction, ſans y avoir contracté, ni promis d'y faire aucun paiement, la difficulté eſt plus grande; on peut dire que dans ce cas il y a incompétence notoire : car ces Juges ne le ſont des parties, *neque ratione domicilii, neque ratione contractûs, neque ratione deſtinatæ ſolutionis, neque ratione dominationis.*

Cependant voilà un jugement contradictoire rendu entre des parties, qui volontairement ſe ſont ſoumiſes à cette Juriſdiction. La conteſtation a été diſcutée & débattue, & c'eſt le cas de la Loi 1re. *ff. de judiciis : ſi ſe ſubjiciant alicui Juriſdictioni, & conſentiant, in conſentientes cujuſvis judicis qui tribunali præeſt, aut aliam Juriſdictionem habet, eſt Juriſdictio.* Cependant quoique cela ſoit vrai, même parmi nous, entre François qui n'ont pas été revendiqués par la partie publique avant le jugement, je ne croirois pas que cela dût être exécuté à la lettre entre étrangers, & je ne voudrois pas donner à ce jugement plus d'autorité qu'à une Sentence arbitrale à qui on donne du moins une exécution proviſoire. Je ne donnerai donc pas à ce jugement une exécution définitive, parce que je ne ſaurois le regarder autrement que comme un jugement arbitral auquel il me paroît que pour le reſpect de la choſe jugée, *partibus auditis, & conſentientibus*, il faut du moins donner l'exécution proviſoire dans quelque Juriſdiction que ce ſoit, parce que le droit des gens veut que des engagements perſonnels, diſcutés & jugés du conſentement des parties, ſoient exécutés

exécutés du moins proviſionnellement, & je crois pouvoir avancer cela d'après ce que nous liſons dans le Plaidoyer de M. Talon, rapporté par Bardet, *tom.* 2, *liv.* 1, *ch.* 42, où il dit, que ſi deux étrangers ont contracté enſemble, & que pour raiſon de leur contrat, ils plaident en ce Royaume, on leur rend juſtice tout ainſi que s'ils étoient ſujets du Roi, & ſoumis à la Juriſdiction de ſes Officiers, *quod juſtum eſt, judicate, ſive civis ſit ille, ſive peregrinus*, Deut. *chap.* 1, 16, d'où je conclus que ce qu'on peut donner de moins à la penſée de M. Talon, eſt l'exécution proviſoire, dans le cas où, ſans avoir contracté, ni promis de payer dans le lieu, ils ont volontairement ſubi la Juriſdiction. Je puis pour ce parti tirer en argument l'Arrêt du 10 Novembre 1678, rapporté par Boniface, *loc. cit.* & qui me paroît donner encore quelque choſe de plus.

Je me renferme néanmoins dans l'exécution proviſoire, ſans accorder d'exécution définitive; parce que ſi l'équité & le bien du commerce autoriſent dans ce cas une condamnation proviſionnelle, il faut rentrer dans les principes de Droit commun, quant à la condamnation définitive.

### Troisieme Cas.

Si ces jugements ſont rendus contradictoirement entre un naturel d'une part & un étranger d'autre, ou l'étranger eſt demandeur, ou il eſt défendeur: s'il eſt demandeur, il a dû ſuivre la Juriſdiction du naturel, en vertu de la maxime, *actor ſequitur forum rei;* & pour lors, ſoit que l'étranger ait réuſſi dans ſa demande, ſoit qu'il ait ſuccombé, *ſtandum eſt judicio*, & l'exécution de ce jugement, en quelqu'endroit qu'elle ſe faſſe, doit être pleine & entiere, ſans nouvel examen; parce que la conteſtation a été diſcutée par un Juge compétent, & que la réclamation que l'on pourroit faire, ſeroit contre une autorité légitime, & ſeroit par conſéquent déraiſonnable & viſiblement injuſte. Un Juge étranger ne pourroit admettre cette réclamation, ſans déroger lui-même à ſon autorité: car par une réciprocité qui ſeroit néceſſaire, les jugements rendus par lui dans des conteſtations où ſes juſticiables ſeroient intéreſſés, devroient être ſoumis à l'examen d'autrui, & il dérogeroit par conſéquent à l'autorité de ſes jugements, & à ſa qualité de Juge: il ne peut donc dans le cas propoſé être que l'exécuteur

du jugement qu'on lui demande permiſſion d'exécuter chez lui, & c'eſt pour ce cas que l'on peut dire avec Ant. Faber. *Cod. de executione rei jud. nec magis, de Sententiæ jure quæri licebit apud novum judicem, quàm ſi ille ipſe qui Sententiam dixit, executoris partibus fungeretur, defin.* 1ª. & c'eſt le cas de dire avec les Docteurs, que *judex exequens, merus eſt executor, nec aſſumit in ſe partes judicis.*

Que ſi c'eſt l'étranger qui eſt défendeur, pour lors, ou c'eſt à l'occaſion de quelqu'engagement contracté dans lieu du jugement, ou qui y devoit être acquitté & conſommé, ou c'eſt à l'occaſion de quelqu'engagement contracté ailleurs.

Si c'eſt à l'occaſion de quelqu'engagement contracté dans le lieu, ou qui y devoit être acquitté, c'eſt le cas de ſe déterminer par les principes que nous venons d'expoſer préſentement, c'eſt-à-dire, en faveur de la Juriſdiction du lieu du contrat, & de celle du lieu du paiement; l'une & l'autre Juriſdiction eſt compétente & légitime en cette partie, & il eſt vrai de dire, dans ce cas, que le François, par exemple, & l'étranger ayant contracté enſemble en France, & plaidé en France, l'étranger s'eſt ſoumis à l'autorité du Juge où il a contracté & plaidé.

Si, au contraire, c'eſt à l'occaſion de quelque contrat paſſé ailleurs, mais diſcuté en France, & dans laquelle diſcuſſion l'étranger a ſuccombé, je dis que l'étranger ayant ſubi la Juriſdiction de France, c'eſt le cas du moins de l'exécution proviſoire, comme je l'ai obſervé ci-devant.

Mais ſi ces jugements étoient intervenus par défaut contre des étrangers défendeurs qui n'auroient pas voulu comparoître, ou qui auroient requis leur renvoi; ou ſi ſur requête on avoit obtenu quelque contrainte contre un étranger, faudroit-il exécuter ces jugements du moins proviſoirement? je ne l'eſtimerois pas, parce que les condamnés n'ayant pas reconnu la Juriſdiction des Juges, c'eſt le cas de regarder ces jugements comme incompétemment rendus, & la conteſtation n'ayant pas été diſcutée, on ne ſauroit dire qu'il y ait rien de jugé.

Voici l'eſpece qui a été jugée en France. Jean Sébald Ringmacher, originaire d'Allemagne, étoit venu s'établir à Lyon, & y commerçoit depuis pluſieurs années.

Il étoit en relation de commerce avec Michel Lockner, Marchand Fabriquant en dorure de la Ville de Nuremberg, en Allemagne.

Ce dernier s'aviſa de préſenter Requête au Conſeil Aulique le 14 Juillet 1710, par laquelle ayant expoſé que le ſieur Ringmacher avoit contrefait ſa marque, avoit fait un grand débit en France, & avoit ruiné ſon commerce; il obtint Arrêt portant permiſſion de l'arrêter, en ſuppoſant qu'il étoit Marchand de la Ville d'Ulme, & de faire ſaiſir tous les effets à lui appartenants dans les Etats de l'Empire & Pays héréditaires.

Dix ans après la date de cette Requête, Lockner étant venu à Paris, préſenta ſa Requête au ſieur Lieutenant-Civil, pour avoir permiſſion de ſaiſir les effets dudit ſieur Ringmacher, & fit effectivement pluſieurs ſaiſies de ſommes conſidérables.

Le ſieur Ringmacher interjetta appel de ladite Ordonnance, fut reçu appellant, toutes choſes demeurant en état.

Depuis il préſenta trois Requêtes, par leſquelles il demanda que les ſaiſies fuſſent déclarées injurieuſes, avec dommages & intérêts, & que le ſieur Lockner reſtât garant de la ſolvabilité des débiteurs.

Il y eut un premier Arrêt ſur appointement à mettre, qui fit main levée proviſoire à caution juratoire.

Enfin par Arrêt du 17 Janvier 1719, ſur les concluſions de M. le Procureur-Général Joly de Fleury, l'Ordonnance du ſieur Lieutenant-Civil, & les ſaiſies faites en conſéquence, ont été infirmées, la main levée proviſoire déclarée définitive, & ſur les dommages & intérêts, les Parties renvoyées en la Conſervation de Lyon.

Dans cette affaire tout étoit en faveur du ſieur Ringmacher; il étoit domicilié à Lyon, il étoit défendeur: on s'étoit pourvû contre lui au Conſeil Aulique; on y avoit ſurpris un Arrêt contre un homme établi en France, & jouiſſant du droit des François; ainſi Lockner s'étoit pourvu fort incompétemment, *actor ſequitur forum rei.*

Lockner n'avoit aucun titre; il n'agiſſoit en France qu'à fins civiles; ainſi l'Arrêt du Conſeil Aulique ne pouvoit ſe ſoutenir en lui-même.

En tout cas cet Arrêt ne pouvoit être exécuté en France; il falloit venir par action, puiſqu'il n'y avoit rien de diſcuté & de jugé.

Le ſieur Lieutenant-Civil ne pouvant d'ailleurs, de ſon autorité, permettre en France l'exécution d'un Arrêt rendu dans une domination étrangere, il falloit un Paréatis du Grand-Sceau.

La regle eſt donc, dans ce cas, que le Juge prononce lui-même ſon incompétence, & ordonne que les Parties ſe pourvoiront, parce que la maxime, *actor ſequitur forum rei*, eſt de toutes les Nations.

C'eſt pourquoi Joan. Galli. *quæſt.* 148, donne ce principe général, *quis manens extra regnum, non tenetur in Parlamento reſpondere ſuper actione perſonali.*

Cette maxime s'obſerve dans le cas même des Villes dont les Habitants ont le privilege d'arrêter leurs débiteurs forains trouvés dans leſdites Villes, quoique ce privilege d'Arrêt ſemble conſtituer tels débiteurs forains juſticiables du lieu. Voici l'eſpece que nous liſons dans le Journal des Audiences, *tom.* 1, & jugée par Arrêt du Jeudi 17 Janvier 1630.

Un François domicilié à Ribemont, étoit débiteur envers un Particulier du Pays de Hainaut.

Ce François s'étant trouvé en Hainaut, ſon créancier le fit arrêter & conſtituer Priſonnier ſuivant la Coutume du lieu. Il tint deux à trois mois priſon, donna caution, & eut ſa liberté.

Il ſe pourvut devant le Juge de Ribemont pour ſes dommages & intérêts, & expoſa que lors de ſon empriſonnement, il avoit des ſaiſies entre ſes mains.

L'Etranger décline & demande ſon renvoi, qui lui eſt refuſé.

Appel en la Cour. L'Etranger remontroit qu'il n'étoit pas juſticiable du Juge de Ribemont; qu'il s'agiſſoit d'un empriſonnement fait en Hainaut, ſuivant le privilege du Hainaut, & qu'il étoit défendeur en cette partie.

Le François intimé, repliquoit qu'il n'étoit pas obligé d'aller plaider hors du Royaume, & qu'il ne pouvoit eſpérer de juſtice devant le Juge de Hainaut. Il demandoit l'évocation du principal, & que l'Etranger fût condamné en ſes dommages & intérêts pour ſon empriſonnement, ayant lors des ſaiſies entre ſes mains.

Par Arrêt ſur l'appel, l'appellation au néant; la Sentence ſortira ſon plein & entier effet, avec amende & dépens; la Cour évoqua le principal, & condamna l'Intimé au paiement de la ſomme par lui dûe, ſur laquelle ſomme ſera déduite celle de 300 livres à laquelle la Cour a modéré les dommages & intérêts pour l'empriſonnement.

Dans des Mémoires anciens que j'ai, cet Arrêt eſt rapporté

avec quelques circonſtances aſſez conſidérables, qui ſont que l'engagement du François avoit été contracté à Ribemont, & que le François ne s'étoit point obligé par corps, & n'avoit pas été condamné. C'étoit M. Sirechan qui plaidoit pour l'Appellant, & M. le Noir le jeune pour l'Intimé.

Cet Arrêt eſt très-régulier quant au débouté du renvoi, parce que dans l'uſage des privileges d'Arrêts, la regle eſt, lorſque le Défendeur a donné caution, de le renvoyer devant ſon Juge; la raiſon en eſt que quelque demande que le Défendeur forme, depuis qu'il a donné caution, ce n'eſt toujours qu'une vraie défenſe à la demande principale; & qu'en qualité de Défendeur, il a toujours droit de réclamer ſon Juge naturel, comme nous l'allons dire préſentement.

Au fonds, le Défendeur avoit été mal empriſonné, puiſqu'il avoit des ſaiſies entre ſes mains, qui apparemment avoient été dénoncées, & la Cour compétente ne pouvoit ſe diſpenſer d'adjuger des dommages & intérêts.

Mais ces dommages & intérêts auroient-ils été dûs pour le ſeul empriſonnement en lui-même, en ſorte qu'il en fût dû au François, quand même il n'auroit pas dénoncé les ſaiſies qu'il avoit entre ſes mains?

Si le François avoit contracté en Hainaut, on pourroit dire que tacitement il ſe ſeroit ſoumis à ce privilege du Hainaut; mais n'y ayant pas contracté, étoit-il ſujet à la rigueur de ce privilege? M. Réné Chopin, *art. 76 de la Coutume d'Anjou, n.* 7, diſtingue entre les Villes qui ont ce droit, par des conceſſions de leur Souverain, duement enrégiſtrées, & celles qui ne l'ont que par uſage & coutume; les premieres peuvent exercer ce droit généralement ſur tous Forains. Dans les ſecondes, on ne peut l'exercer que ſur ceux qui ſont domiciliés dans l'étendue du Bailliage, mais hors la Ville qui a ce privilege. Ainſi, dans le premier cas, les Forains ſont tous ceux qui ne ſont pas domiciliés dans le lieu du privilege; & dans le ſecond cas, ce ne ſont que ceux qui n'étant pas domiciliés dans le lieu du privilege, le ſont néanmoins dans l'étendue du Bailliage.

Dufreſne, ſur les Coutumes locales de la Ville & Banlieue d'Amiens, *art.* 30, obſerve que ce privilege accordé par Philippe-Auguſte en 1209, s'entend, à la vérité, de tous Forains étrangers du Royaume, indiſtinctement; mais à l'égard des François, il le reſtreint contre les domiciliés dans l'étendue du

Bailliage, mais demeurants hors la Ville & Banlieue d'Amiens; ils sont Forains, parce qu'ils ne sont pas domiciliés dans la Ville & Banlieue, & ils sont assujettis au Réglement, parce qu'ils sont domiciliés dans l'étendue du Bailliage. Ainsi les dommages & intérêts dépendent de la nature du privilege que prétend avoir la ville qui l'exerce.

Ce privilege d'Arrêt est assez varié : dans certains lieux il ne consiste qu'à faire des défenses de sortir de la Ville, à peine de prison, jusqu'à ce qu'il ait été donné caution de payer le jugé, comme à Saint-Malo, suivant le témoignage de Hévin, sur Bretagne, *page premiere ;* mais dans d'autres endroits, il consiste en la faculté de constituer actuellement le débiteur prisonnier.

Parmi nous ce droit ne s'étend communément que sur les meubles corporels des Forains trouvés en la Ville d'Arrêt; mais ce terme *Forain* est pris fort diversement dans nos Coutumes. Voyez les Coutumes de Paris, d'Orléans, Montargis, la Rochelle, &c.

Communément ce droit d'Arrêt n'a lieu que jusqu'à ce que l'on ait donné caution, *& acceptâ satisfactione dimiserunt eos*, savoir dans les Villes où l'Arrêt n'est que sur les meubles. La caution doit être seulement *de rebus arestatis*. Molin, *art.* 192 de l'ancienne Coutume, *non de debito prætenso ;* & à l'égard des Villes où l'Arrêt est des personnes, il faut donner caution de payer le jugé; & pour faire statuer sur le fonds, il est des regles ordinaires de suivre la Juridiction du Défendeur : c'est pourquoi quand le Forain a donné bonne & suffisante caution, & que la dette est en sûreté, on doit le renvoyer devant son Juge naturel.

C'est la remarque de Me Ch. du Molin, *art.* 192 de l'ancienne Coutume de Paris, où il dit que le Forain peut élire domicile, & donner caution pour la discussion de l'Arrêt : car s'il remontre avoir des défenses valables, la connoissance en sera renvoyée à son Juge, dépens, dommages & intérêts réservés en fin de cause, sinon qu'il y eût obligation sous le Scel de Paris, qui attribue Juridiction, ou autre privilege.

Je croirois que ce renvoi au Juge du débiteur, ne doit se faire que lorsque la créance est litigieuse : car autrement, & si la créance est certaine & avouée par le débiteur forain, il ne faut pas de renvoi pardevant le Juge, puisqu'il n'y a pas matiere à

procès ; & toute la grace que pourroit eſpérer le Forain, ce ſeroit d'être relâché, en donnant bonne & ſuffiſante caution, non pas de payer le jugé, *ne lis ex obligatione certa oriatur*, mais de payer dans un certain temps, & cette caution judiciaire devient, dans ce cas, débiteur principal.

Tout ce que nous venons de dire au ſujet des jugements rendus dans les Pays étrangers en matiere perſonnelle, eſt pour le cas où les jugements doivent être exécutés dans une autre domination ; mais quand le jugement eſt rendu entre un François & un étranger, ſoit que l'étranger ait ſuccombé ou réuſſi, ou même quand il eſt rendu entre deux étrangers, & que ce jugement eſt à exécuter ſur des biens ſitués dans la domination même où il a été rendu, pour lors il ne ſauroit plus y avoir de difficulté. Voici l'eſpece qui a été jugée dans ce cas.

En 1733, Henri Cretet, habitant du Pont de Beauvoiſin, en Savoie, fait au profit de Cretet de la Pérouſſe, ſon fils, négociant à Paris, un billet à ordre de la ſomme de 4000 livres, payable en 1735.

Cretet de la Pérouſſe paſſe ſon ordre au profit d'Archimbaut & Compagnie, Marchands à Lyon.

Henri Cretet, étant décédé, Archimbaut & Compagnie firent aſſigner ſa veuve, ſon héritiere, au Conſulat de Chambéry, en condamnation des 4000 livres.

La veuve Cretet prétendit que le billet, quoique à ordre, n'avoit pu être négocié comme billet de commerce, & par un ſimple ordre, parce qu'il n'étoit pas dit en quoi la valeur en avoit été fournie.

Cette exception fut rejettée par la Sentence du Conſulat de Chambéry, du 6 Août 1736, & la veuve condamnée de payer Archimbaut & Compagnie.

La veuve Cretet étant pareillement décédée, François Cretet, ſon fils & ſon héritier, interjetta appel de la Sentence des Conſuls, au Sénat de Chambéry, & par Arrêt du 22 Août 1737, la Sentence fut infirmée, & Archimbaut & Compagnie déboutés de leur demande.

Le ſieur Archimbaut & Compagnie ayant découvert des biens en France au ſieur Cretet, paſſerent leur ordre aux ſieurs Vernet & Paut, Marchands à Lyon.

Ceux-ci firent aſſigner François Cretet en la Conſervation de Lyon, pour être condamné au paiement du billet : le ſieur

Cretet excipe à Lyon de l'Arrêt du Sénat de Chambéry.

Vernet & Paut mirent les ſieurs Archimbaut & Compagnie en cauſe. Ceux-ci appellerent Cretet de la Pérouſſe en garantie; les porteurs du billet & les garants, ſoutinrent que l'Arrêt du Sénat de Chambéry ne pouvoit faire Loi à l'égard des Regnicoles François.

Par Sentence de la Conſervation de Lyon, du 19 Août 1740, François Cretet fut condamné de payer les ſieurs Vernet & Paut, & la Sentence fut confirmée, au rapport de M. Formé, en 1742.

On pourroit prétendre que par cet Arrêt on a décidé qu'un jugement rendu par le Sénat Souverain de Chambéry, en faveur d'un Savoyard, contre des François demandeurs en matiere même perſonnelle, n'avoit pas lieu en France, & que les François trouvant des biens en France, appartenants au Savoyard leur débiteur, étoient en droit de faire juger de nouveau la queſtion.

Mais je ne trouve pas que cet Arrêt ait jugé la queſtion générale : il me paroît que l'Arrêt de Chambéry juge ſimplement que le billet à ordre de Henri Cretet, n'exprimant pas la valeur fournie, n'avoit pas pu être négocié par un ſimple ordre, comme billet de commerce, & que la condamnation des 4000 livres ne pouvoit être ordonnée qu'au profit de Cretet de la Pérouſſe, créancier originaire, qui étoit toujours demeuré Propriétaire de la créance. Or, celui-ci n'étoit pas partie lors de l'Arrêt de Chambéry, & ne demandoit rien perſonnellement.

Cet Arrêt de Chambéry ne juge donc pas le fonds, mais une ſimple exception : il eſt rendu contre les ſimples porteurs d'ordre, que l'Arrêt de Chambéry a jugé n'avoir pas été faits propriétaires du billet par un ſimple ordre, & la queſtion du fonds étoit entiere vis-à-vis le créancier originaire.

En France le créancier originaire étoit en cauſe; il demandoit, ſans doute, que François Cretet, héritier de ſa mere, qui l'étoit de ſon pere, fût condamné de payer le contenu au billet en ſon acquit, & cette queſtion étoit toute différente de celle jugée à Chambéry, où le créancier originaire n'étoit pas intervenu, & n'avoit formé aucune demande. Il ne s'agiſſoit plus de l'exception propoſée à Chambéry, & la Cour étoit compétente pour juger une queſtion neuve, mue entre des François

François & un étranger qui avoit ſubi Juriſdiction en France: il s'agiſſoit d'ailleurs de biens ſitués en France, & l'exécution devoit ſe faire ſur ces biens.

Mais ſuppoſons qu'un étranger qui a contracté & ſubi Juriſdiction en France, qui y a été condamné, ait payé comme contraint; cet étranger trouve à ſon tour des biens dans ſon Pays qui appartiennent à ſa partie; pourroit-il revenir par nouvelle action dans ſon Pays, ſous prétexte des biens qui y ſont? Non ſans doute, parce que le jugement eſt juridique, étant rendu en matiere perſonnelle, que la queſtion a été jugée en connoiſſance de cauſe, *partibus auditis*, & après que les parties ont ſubi Juriſdiction pardevant des Juges que l'on ne peut pas dire incompétents.

Il en ſeroit autrement, ſi l'étranger n'avoit pas contracté en France, & étoit défendeur : car le Jugement en ce cas ne pouvant être que proviſoire, l'étranger pourroit valablement pourſuivre un jugement définitif pardevant ſon Juge naturel, ſur-tout ſa partie y ayant des effets.

Je fais une autre eſpece. Je ſuppoſe un François domicilié en France, contre lequel un étranger prétend avoir quelque action; ce François a des débiteurs dans le Pays étranger, & l'étranger ſaiſit entre leurs mains; la cauſe ſe plaide en France, & le François eſt déchargé de l'action avec main-levée des ſaiſies.

Le François obtient une commiſſion rogatoire adreſſée aux Juges des tiers-ſaiſis, qui refuſent d'accorder le Paréatis; le François ſe pourvoit pardevant le Juge Supérieur, qui refuſe pareillement.

Enfin il s'adreſſe à celui ou ceux qui ont l'autorité ſouveraine, & il y a pareillement refus.

Dans ces cas le François ſe pourvoit au Conſeil du Roi, demande qu'il lui ſoit accordé des Lettres de repréſailles, c'eſt-à-dire, permiſſion de ſaiſir les effets qu'il pourra trouver en France, appartenant aux tiers-ſaiſis, ſes débiteurs, & ces Lettres lui ſont accordées en connoiſſance de cauſe.

C'eſt ce qui eſt arrivé dans l'affaire du nommé Tronchin, accuſé de fauſſe monnoie, & pour ce, décrété par les Juges du Canton de Berne.

Tronchin avoit des créances à Geneve, qui, de la permiſſion des Juges de cette République, furent ſaiſies par les Juges du Canton de Berne.

Cet homme étoit originaire François, domicilié à Lyon : le Roi ayant refuſé un Paréatis pour mettre à exécution le décret de Berne, l'affaire fut renvoyée au Parlement de Paris, où Tronchin fut déchargé avec main-levée des ſaiſies.

Mais les tiers-ſaiſis n'ayant pas voulu payer, & la République de Geneve ayant refuſé d'exécuter l'Arrêt du Parlement, le Roi accorda des Lettres de repréſailles contre leſdits tiers-ſaiſis qui avoient quelques biens en France; depuis, la République de Geneve ayant obtempéré, l'affaire n'eut pas d'autres ſuites, & le Roi révoqua les Lettres de repréſailles; mes Mémoires ne portent d'autres dates que 1664 & 1665.

### *Jugements rendus en actions pures réelles.*

C'eſt une Juriſprudence très-variée parmi les Nations, que celle qui détermine & qui regle la compétence des Juges pour les actions réelles.

Dans le Droit Romain la Loi 3, *C. ubi in rem, act.* ſemble donner le choix au demandeur, ou de ſe pourvoir au domicile de celui qui eſt ſujet à l'action réelle, ou de ſe pourvoir pardevant le Juge de la ſituation. *Actor rei forum, ſive in rem, ſive in perſonam ſit actio, ſequitur, ſed & in locis in quibus res propter quas contenditur, conſtitutæ ſunt, jubemus in rem actionem adverſùs poſſidentem moveri.*

Brunnémann avec Balde, Accurſe, &c. obſerve ſur cette Loi qu'elle a deux parties; que dans la premiere elle donne pour regle générale, que le domicile du défendeur eſt toujours compétent même pour les actions réelles.

En effet, la maxime eſt que *forum domicilii eſt generale contra ſubditum;* de ſorte même que quelqu'autre Juriſdiction qu'on eût adoptée d'ailleurs, jamais on n'eſt préſumé avoir exclu celle du domicile, *quantumvis certus locus deſignetur, in quo quis vult conveniri, tamen nunquam excluditur locus domicilii. Barth.*

Dans la ſeconde partie de la Loi, l'Empereur permet de ſe pourvoir devant le Juge de la ſituation, *electio actori competit an in loco domicilii, an verò loco rei ſitæ, reum convenire velit, nec reum in loco domicilii conventum poſſe revocare ad locum rei ſitæ.* Brunn. loc. cit.

C'eſt pourquoi Accurſe ſur cette Loi, dit que *ſi res ſit im-*

*mobilis, puta fundus quem petere voluiſti, & apud Rhegium ſit fundus, & Mutinæ ubi domicilium poſſeſſor habet, & apud Rhegium ubi poſſeſſio conſtituta eſt petere, potes.*

Ainſi, en Droit Romain, le demandeur a le choix de l'une ou l'autre Juriſdiction, ſuivant Accurſe au même endroit.

Au contraire, il eſt des Nations où il faut néceſſairement procéder pardevant le Juge de la ſituation. C'eſt ce que Stockmans aſſure être obſervé dans la Province du Brabant. *Uſu fori noſtri invaluit neceſſario agendum eſſe apud tribunal judicis, ubi res ſita eſt, & poſſeſſorem conventum in loco ubi habitat, præſcriptione declinatoriâ uti poſſe, ac poſtulare ut remittatur ad judicem rei ſitæ.*

Merſtertius, Juriſconſulte Hollandois, aſſure la même choſe de ſa Province, *immobilia ejus Juriſdictionis eſſe reputantur, ubi ſita ſunt.*

Burg. *ad conſuet. Fland. tract.* 3, *n.* 12, parle dans les mêmes termes, *quoad reales (actiones) attinet; ut ipſi rei plane ſunt affixæ, ita quoque ab una re ad aliam non porriguntur; neque enim virtus ulla judicantium tanta reperiri poteſt, ut aliena bona ſententiis ſuis alligare, aut neceſſitatem aliquam adferre queant. Namque ſemper tentantibus opponitur, extra territorium jus dicenti impune non paretur.*

Dans notre Droit François quelques Auteurs ont prétendu que le domicile du défendeur établit la compétence, même en action réelle, & que l'on ne ſe pourvoit point pardevant le Juge de la ſituation. C'eſt ce qui a fait dire à Deſpeiſſes, *tom.* 1, *pag.* 443, *n.* 12, que ce qui ſe dit communément que le Juge du lieu où les choſes ſont ſituées, eſt compétent pour connoître des actions réelles, doit être entendu, pourvu que ce ſoit auſſi le domicile du défendeur. Autrement ce ſeroit choſe injuſte de le tirer du lieu de ſon domicile, pour plaider au lieu où la choſe eſt aſſiſe, & il cite Cujas en ſes Paratit. *cod. ubi de hæred. agi oportet*, dont je crains néanmoins qu'il n'ait mal pris le ſens : car M. Cujas n'exige pas que le domicile du défendeur ſoit dans le lieu de la ſituation, pour fonder la compétence du Juge de la ſituation; mais il eſtime que lorſque le défendeur ſe trouve dans le lieu de la ſituation, ſoit qu'il y ſoit domicilié, ſoit qu'il n'y ſoit pas domicilié, pour lors il eſt valablement aſſigné à plaider dans ce lieu. *Semper cùm dicitur forum eſſe competens, ubi res eſt, ſic exaudiri debet, ſi &*

*ibi inveniatur reus : alioquin iniquissimum esset ex domicilii loco extrahi eum ad locum in quo sita res est, quia non sine magno detrimento magnaque interdum captione à rebus nostris revocamur.*

D'où l'on doit conclure que hors ce cas particulier, M. Cujas est d'avis que le défendeur même en matiere réelle doit de regle ordinaire être poursuivi pardevant le Juge de son domicile.

Il faut convenir néanmoins que les actions réelles semblent dépendre de la Juriſdiction de la ſituation des choſes : c'eſt pourquoi, ſelon quelques-unes de nos Coutumes, encore que les Bourgeois du Roi aient le privilege de plaider pardevant les Juges royaux, ce privilege n'eſt que pour le cas des actions perſonnelles, & non pour les réelles, *ſed non in realibus, nec in petitorio*, dit Me. Ch. du Molin, ſur *l'art.* 2, de la Coutume de Troyes.

C'eſt par ces raiſons que les Lettres de *Committimus* n'ont point lieu pour les actions pures réelles, *art.* 1, *tit.* 9, *de l'Ordonnance.*

Par les mêmes raiſons, les Bourgeois de Paris ne peuvent être contraints plaider, ne répondre en défendant ailleurs qu'en la Ville de Paris, pour quelque cauſe & privilege que ce ſoit; leur privilege conſiſte entre autres choſes, en ce que en matiere réelle, ils ne peuvent répondre ailleurs.

Bacquet, des Droits de Juſtice, *ch.* 8, *n.* 31, donne au demandeur l'option de pourſuivre le défendeur, ou pardevant le Juge de ſon domicile, ou pardevant le Juge de la ſituation, & dit que la Loi finale du *C. ubi in rem actio exerceri debeat*, eſt ſuivie en France, & il cite Tiraqueau, *de retract. conſang. gloſſ.* 5.

Je trouve que l'on a ſuivi le parti de cette Loi du *C. ubi in rem*, par Arrêt du 15 Février 1615, rapporté par Dupineau, ſur Anjou, *art.* 427, dans un cas mêlé de perſonnalité & de réalité. Voici ce que dit d'abord Dupineau, ſur ces termes de *l'art. en cour capable ;* à ſavoir, dit-il, ou devant le Juge dans le territoire duquel le fond aliéné eſt ſitué, ou devant le Juge du domicile de l'acquéreur, & voici l'eſpece ſur laquelle ledit Arrêt a été rendu. Pierre, tuteur naturel d'Anne ſa fille, & domicilié à Tours, vend un fonds ſitué en Touraine, à Guillaume, Citoyen d'Angers. Anne étant majeure fait appeller en interruption le fils de Guillaume, demeurant à Angers, devant

le Lieutenant de Chinon, Juge du territoire ; celui-ci décline la Juriſdiction, & demande ſon renvoi devant le Juge de ſon domicile. Il eſt débouté de ſon déclinatoire, & demande en renvoi, il en interjette appel au Parlement, qui jugea qu'il avoit été bien jugé, & condamna l'appellant aux dépens, par Arrêt rendu au profit d'Anne Aumont, le 15 Février 1615, contre Pierre Chemin.

Guillaume Ranchin, *tract. ad Edictum, pag.* 67, aſſure la même choſe.

*Porro vix probare poſſum quod quibuſdam viris ſummi illius ſenatus Pariſienſis in mentem venit ut actio in rem, ſive ſimplex, ſive mixta cum perſonali, apud eum ſolum judicem exerceatur, in cujus Juriſdictione res ſita eſt, non etiam apud eum in cujus territorio reus habet domicilium, ut refert Papon. in titul. de Juriſd. cap.* 56, *in noviſſ. edit. quamvis apud utrumque agi poſſe cautum ſit civili, & Pontif. Jure, L. ult. C. ubi in rem act. exerceri deb. cap. ſanè, x. de foro compet. atque etiam in Gallia uſu receptum ut patet ex Maſuerio, tit. de petitor. in princip. & multis ejuſdem ſenatus Pariſienſ. placitis antea confirmatum, ut teſtatur Paponius eod. loco. Ratio autem quâ præcipuè jus illud novum inducere tentarunt contra veteris, & perpetui Juris autoritatem, quo pacto ſtare poſſit non video. Nam ſi ideò apud ſolum judicem illius loci ubi res ſita eſt, agendum eſſe cenſent, quia non facilè poſſit apud judicem loci, ubi res ſita eſt, ſententia lata à judice domicilii, executioni mandari, nonne converti poteſt illud argumentum, & in eos retorqueri? Nam eâdem ratione dicetur apud judicem domicilii agendum eſſe, quia ſi apud judicem loci, ubi res ſita eſt, actum fuerit, non poterit ſententia ad executionem mandari apud judicem domicilii ; imo poterit in utroque caſu fieri executio, petitâ veniâ alterius judicis, ideoque non eſt cur hujus rei causâ ulla mutatio fiat. Quod ſi dignitatis habenda ſit ratio, dignior eſt perſona quàm ipſa res, ideoque in loco domicilii potiùs agendum eſſet, quàm in eo ubi res eſt. Hoc autem exemplum eo magis protuli quod idem in Præſidiali Curia hujuſce Urbis factitatum fuiſſe memini, me reclamante, eo etiam ex litigantibus mulctato, qui actionem mere realem propoſuerat apud judicem domicilii. Tametſi enim id jus in Pariſienſi Curia immutatum fuiſſet, non tamen continuò nobis ſequenda eadem judicandi ratio contra juris regulas, niſi priùs in Tholoſana Curia, ad cujus modum ſeſe minora ſubſellia componere ſolent,*

*idem admiſſum fuiſſe appareat. Cenſeo igitur ut paradoxon illud, (ita enim à Paponio appellatur) ſemper paradoxon maneat.*

Quand la queſtion réelle eſt à juger entre des Naturels d'une Nation, & à l'occaſion de biens qui y ſont ſitués, il faut ſuivre, à cet égard, l'ordre des Juriſdictions, tel qu'il eſt preſcrit dans la Nation où s'agite la queſtion.

Mais l'on demande ſi la queſtion réelle ayant été jugée entre des ſujets d'une même Souveraineté, pour des biens ſitués dans une autre, comme, par exemple, entre des Italiens qui ont plaidé en Italie pour des biens ſitués en France, ſi ce qui aura été jugé entre eux, devra s'exécuter en France, ou ſi les Juges de France pourront prétendre être en droit de rentrer de nouveau en connoiſſance de cauſe, & de juger la queſtion.

D'un côté, l'on dira que les Parties étant domiciliées dans le Lieu où le Jugement a été rendu, ayant été jugées par des Juges compétents, *ratione domicilii*, que la queſtion réelle y ayant été diſcutée & décidée, les Parties ne peuvent plus réclamer d'autres Juges; que la Juriſdiction de la ſituation ne peut, en cette occaſion, l'emporter ſur celle du domicile; que les Juges du domicile ont été en droit, à raiſon du domicile, de décider tout ce qui étoit litigieux entre les Parties, & que la conteſtation étant jugée, tout eſt terminé. *Cauſa finita eſt.*

Mais l'on répondra qu'à la vérité, la queſtion a été jugée par des Juges compétents, *ratione domicilii;* que cette compétence auroit pu attirer la connoiſſance de la queſtion réelle, ſuppoſé que les biens qui y ont donné lieu, euſſent été ſitués dans la domination du même Prince, parce que tous les Juges de cette domination tiennent leur pouvoir de la même autorité qui a pu les rendre compétents du réel, à raiſon du domicile des Parties, & c'eſt ce qui revient, à ce que dit Giurba, *ad conſuet. Meſſanenſ.* cap. 1, gloſſ. 2, n. 127, *etenim vires ſtatutum recipit, & effectum à Principe confirmante, qui cùm ſuper omnibus bonis juriſdictionem habeat, poteſt ſupplere defectum juriſdictionis, quod penes ſtatuentes erat; & hoc præſertim quia judices qui ſub illo Principe judicant, & ab eodem juriſdictionem habent, poſſunt de illis bonis, virtute principalis poteſtatis, decernere & judicare, ut licet.*

Mais quand les biens ſont ſitués hors la domination, de quel droit des Juges décideroient-ils ſur des biens qui ne ſont point ſoumis à la Juriſdiction de leur Souverain, dont ils tirent leur

qualité de Juge? & c'eſt ici où il faut rappeller ce que nous avons allégué de Burgundus, *neque enim virtus ulla judicantium tanta reperiri poteſt, ut aliena bona ſententiis ſuis obligare, aut neceſſitatem aliquam adferre queant, namque ſemper opponitur: extra territorium jus dicenti non paretur.*

Auſſi ſoutenons-nous dans le Royaume, que dans cette matiere réelle, les Jugements rendus dans les Pays étrangers, à l'occaſion des biens ſitués en France, n'ont pas en France force de choſes jugées, & qu'il faut venir par action, *cùm hæreditatis quæſtio vertitur, tunc Francicis de rebus mota alibi, retractatur in Gallia.* Chopin, *de morib. Pariſior.* liv. 2, tit. 5 *de parent. hæredit.*

Il faut donc dire que ce qui a été jugé, quoiqu'entre des Regnicoles, à l'occaſion de biens ſitués dans une autre domination, n'eſt pas, dans cette autre domination, réputé jugé, & il faut, à plus forte raiſon, dire la même choſe de ce qui eſt jugé entre un Regnicole & un Etranger, pour des biens ſitués hors le Royaume.

Il eſt vrai que les biens ne rendent pas le poſſeſſeur Sujet abſolu du Prince du Lieu où les biens ſont ſitués; mais néanmoins ils le rendent Sujet *ſecundùm quid;* c'eſt ce que Maſcardus, *concl.* 6, *n.* 44 *& ſuivants,* dit préciſément, *nemo dicitur ſubditus ratione bonorum, nec bona faciunt aliquem ſubditum, & per conſequens non ligantur ſtatuto de perſonis, non autem de bonis ibi ſitis diſponente; negari tamen non poteſt quin ſubditus ligetur ſecundùm quid, & aliquo modo: ideò videmus quod pro tali poſſeſſione bonorum, poteſt conveniri coram judice loci in cujus territorio ſunt bona.*

M. Cujas obſerve en ſa Conſultation 3, que *moribus Galliæ, & uſu fori etiam poſſeſſionem ſolam legibus obligare;* & *Joannes Galli*, que nous avons dit ci-deſſus ne pas admettre qu'un Etranger en matiere perſonnelle, puiſſe être cité dans le Royaume, dit qu'on le peut en matiere hypothécaire, *ſuper hypothecaria, ſic pro rebus in regno exiſtentibus pro Marquiſio de Saluſſes fuit dictum per Arreſtum contra Dominum de Vergario quod licet ipſe Marquiſius qui domicilium habebat extra Regnum, reſponderet in hypothecaria pro rebus in Regno exiſtentibus, tamen non reſponderet ſuper actione perſonali.*

C'eſt par la raiſon de la réalité & de la ſituation des biens que le Parlement de Paris jugea qu'il avoit été mal, nullement &

incompétemment ordonné & exécuté dans l'eſpece que voici. Deux Particuliers, pendant dix-huit années, avoient plaidé en Savoie, pour raiſon d'une ſucceſſion dont les biens étoient ſitués partie en France, & partie en Savoie. Il avoit été rendu Arrêt contradictoire au Parlement de Turin; celui qui avoit gagné ſa cauſe, obtint *Paréatis* du Lieutenant-Général de Chaumont en Baſſigny, pour mettre l'Arrêt à exécution, & effectivement en vertu du *Paréatis* & du Jugement, il fit pluſieurs contraintes; appel de l'exécution & de l'octroi de la commiſſion décernée par le Lieutenant-Général du Bailliage de Baſſigny, ſur quoi intervint l'Arrêt qui dit, *mal, nullement & incompétemment ordonné & exécuté, bien appellé par l'Appellant, ordonné que pour le regard des biens ſaiſis & ſitués en ce Royaume, les Intimés ſe pourvoiroient par action.* Cet Arrêt du 21 Mai 1585 eſt rapporté par Bouchel en ſa Bibliotheque du Droit François, *verbo* compétence, par Chopin, ſur Anjou, & par Brodeau & Tronçon, ſur la Coutume de Paris, *art.* 164 & 165 qui en rapportent encore deux autres; ſavoir, Brodeau, un du 14 Mars 1603; & Tronçon, un du 7 Janvier 1609.

La commiſſion du Lieutenant-Général de Baſſigny portoit défenſes aux détempteurs de troubler les Intimés, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, & d'amende arbitraire envers Son Alteſſe. L'Arrêt ordonne en particulier, que ces mots ſeront rayés de la Commiſſion.

La ſageſſe de cet Arrêt ſe fait ſentir dans tous ſes points. 1°, en ce qui regarde le fonds. Le Roi de Savoie avoit-il quelque autorité ſur des biens ſitués en France? En pouvoit-il ordonner le partage? Mais indépendamment de ce moyen ſupérieur, & fondé dans le droit des gens, qui eſt qu'une Puiſſance étrangere n'a point d'autorité ſur une autre Puiſſance; il en eſt un autre moral & fondé dans les principes d'équité, qui eſt que les biens ſont aſſujettis aux Ordonnances, aux Coutumes & aux Loix qui ont lieu dans leur ſituation; & comment des Etrangers peuvent-ils être inſtruits de ces Ordonnances, de ces Coutumes & de ces Loix rédigées, pour la plupart, dans une Langue qu'ils n'entendent pas, & qui ſont ſujettes à des extenſions, ou reſtrictions qu'ils ignorent & qu'ils ne peuvent pas ſavoir? 2°. Comment le Juge de Baſſigny s'étoit-il oublié juſqu'au point de prononcer une amende au profit du Duc de Savoie? Il ſe rendoit par-là l'Agent & l'Officier de ce Duc,

&

& il donnoit autorité au Jugement rendu dans les Etats de ce Prince.

Si nous ne ſouffrons pas qu'en matiere réelle, les Jugements rendus dans les Pays étrangers, aient aucune autorité en France, nous ne prétendons pas pareillement avoir droit de connoître des biens ſitués dans les Pays étrangers. Le Parlement de Paris en donna un exemple authentique par Arrêt de 1570, rapporté par Brodeau, ſur *l'art.* 164 de la Coutume de Paris: car la Cour ayant rendu un Arrêt en 1568, qui régloit apparemment un partage de biens, & duquel on vouloit faire uſage pour les biens même ſitués en Lorraine, elle rendit un Arrêt le premier de Mars 1570, par lequel elle déclara que par ſon Arrêt précédent, elle n'avoit pas entendu prendre connoiſſance des biens ſitués en la Souveraineté du Duc de Lorraine, pour raiſon de quoi les Parties ſe pourvoiroient, où & ainſi qu'elles verroient être à faire; & en conſéquence de ce, elle ordonna que la cauſe ſur l'appel interjetté des Jugements donnés en Lorraine, ſeroit rayée du Rôle.

Brodeau, dans le même endroit, obſerve que cela fut jugé en plus forts termes, par Arrêt donné au Grand-Conſeil, le 23 Janvier 1601, qui ordonna qu'un Arrêt du Parlement de Bordeaux, contenant partage, ne ſeroit pas exécuté ſur les biens ſitués en Béarn, mais ſur ceux étant en France, quoique tous deux ſous la même domination, parce que pour lors Béarn étoit une Souveraineté non réunie à la Couronne.

Il vient d'être rendu un Arrêt au rapport de M. Chauvelin, qui confirme ces principes. Madame d'Armaillé avoit acquis des biens au Duché de Lorraine: elle étoit adjudicataire du Marquiſat d'Aroué; elle en avoit conſigné le prix. Ce prix devoit être diſtribué à des créanciers: elle étoit elle-même oppoſante à l'ordre, pour répéter une portion conſidérable du prix de l'adjudication; il étoit intervenu des Jugements en Lorraine à ce ſujet: elle prétendoit que ces Jugements ne pouvoient opérer contre elle, & qu'il falloit juger en France les queſtions qui concernoient le prix de cette adjudication, conſigné en Lorraine. Arrêt du 3 Juillet 1744, en la troiſieme Chambre des Enquêtes, au profit du Comte de Solar, qui déclare le Comte d'Armaillé fils non-recevable.

C'eſt une queſtion très-controverſée, que de ſavoir ſi un acte paſſé pardevant les Notaires d'une Nation, emporte hypotheque

ſur les biens ſitués dans une autre Nation. Baſnage, en ſon Traité des Hypotheques, *chap.* 12, rapporte les différents ſentiments des Auteurs, & même les différents Arrêts qui ont été rendus ſur cette queſtion, & il eſt ſurprenant combien elle ſe trouve partagée entre les Auteurs, & diverſement jugée.

Dans cette variété d'Arrêts & de ſentiments, Baſnage ſe détermine pour donner l'hypotheque à ces ſortes de contrats, ſous cette condition que l'on ne puiſſe pas venir d'abord à la ſaiſie des biens d'un débiteur François, mais ſeulement après que leſdits contrats auront été ſcellés du Sceau Royal, ou déclarés exécutoires dans le Royaume, pour avoir hypotheque après la reconnoiſſance du jour & date que les contrats auront été paſſés devant le Notaire étranger, & il cite Févret, *liv.* 4, *ch.* 5, *n.* 8 de ſon Traité de l'Abus; c'eſt-à-dire, que Baſnage diſtingue l'hypotheque du contrat, d'avec l'exécution du contrat. Le contrat emporte hypotheque; mais il n'a d'exécution que ſous certaines conditions.

Défunt Me Sicault, notre Confrere, qui étoit habile homme, & fort exact à recueillir les déciſions du Palais, m'a aſſuré qu'en la premiere Chambre des Enquêtes, il avoit été jugé par Arrêt du 23 Août 1737, qu'un contrat de mariage paſſé en Pays étranger, n'avoit pas d'hypotheque en France. J'ai depuis trouvé cet Arrêt dans les Arrêts notables de Me Gui-Nicolas de la Combe, *chap.* 15; mais comme cet Arrêt exige pluſieurs réflexions, nous en parlerons ci-après.

Ceux qui donnent l'hypotheque aux contrats paſſés dans les Pays étrangers, diſent qu'elle ne vient pas de l'autorité du Sceau dont un titre que l'on veut mettre à exécution, doit être muni, mais du caractere public dont ſont revêtus, dans le Lieu, les Officiers qui l'ont reçu.

En effet, qu'eſt-ce qu'une hypotheque? C'eſt, dit Baſnage, *ch.* 3, de ſon Traité des Hypotheques, une obligation que celui qui donne de l'argent, acquiert ſur les biens de celui qui l'emprunte : ne pourroit-on pas dire pour embraſſer généralement toutes ſortes d'hypotheques conventionnelles, que c'eſt une obligation que donne ſur ſes biens celui qui s'engage envers un autre, ou, comme dit M. Olivier Etienne, en ſon nouveau Traité des Hypotheques, *pag.* 2, que c'eſt un acceſſoire réel de l'obligation perſonnelle, par lequel les biens du débiteur ſont affectés à la reſtitution de ce qu'il doit, pour la ſureté du créan-

cier ? On contracte volontiers ; mais on veut des ſuretés pour l'exécution, & ce ſont tant les choſes mobiliaires, que les immobiliaires qui font la ſureté des conventions : mais les choſes mobiliaires peuvent être miſes ès mains du créancier ; il peut aiſément s'en nantir & s'en mettre en poſſeſſion : la poſſeſſion des immeubles n'eſt pas ſi facile par les ſuites & les conſéquences qui en réſultent ; cependant on les donne pour ſureté, *quod mihi non credis, credis colliculis, arboribuſque meis*, & cette ſureté eſt un droit ſur la choſe que l'on appelle hypotheque.

Chez les Romains, l'hypotheque n'exigeoit dans les premiers temps que la convention, fût-elle ſous ſeing privé. Par la ſuite l'Empereur Léon exigea la préſence de trois témoins, *L. ſcript. C. qui pot. in Pig.*

L'objet de cette précaution étoit de donner date à la convention, afin d'aſſurer à chaque créancier le privilege du temps, & qu'un tiers qui par une convention précédente, avoit les biens de ſon débiteur pour gage, ne fût pas léſé par une convention antidatée, qui les donnoit à un autre ; en ſorte que chacun dans ſon ordre de convention, pût exercer les Droits de l'hypotheque convenue.

Pour aſſurer cette date, il a fallu avoir recours à un témoignage certain : trois témoins ſuffiſoient par la conſtitution de l'Empereur Léon ; mais communément dans toutes les Nations on a exigé le témoignage de gens qui par leur état euſſent la foi publique, & qui atteſtaſſent la date de la convention.

Ce qui n'étoit dans les premiers temps accordé qu'à une convention préciſe d'hypotheque, l'a été de droit à tous les actes paſſés pardevant des Officiers publics, par la préſuppoſition que tout homme qui contracte, eſt préſumé vouloir toutes les ſuretés ſuffiſantes pour aſſurer l'exécution de ſes conventions.

Or, ce qui eſt de convention ordinaire, & de précaution ſage & prudente, eſt toujours réputé convenu entre les parties.

Mais ſi dans un acte il y a toujours une convention, ſoit préciſe, ſoit préſumée, par laquelle le débiteur engage ſes biens, comment peut-on, en quelque Pays que ce ſoit, ne pas déférer à cet engagement, quand il eſt paſſé devant des perſonnes qui ont la foi publique ?

En effet, un homme produit un acte paſſé dans les Pays étrangers pardevant les Officiers prépoſés pour atteſter; il eſt certain que, ſuivant le droit des gens, la vérité de tout ce qui eſt contenu dans cet acte, ne pourra être révoquée en doute. On croira que telles & telles formalités ont été remplies, puiſque cet acte en fait mention. On croira que Titius a prêté à Mævius la ſomme mentionnée dans l'acte, & que Mævius a promis de la lui rendre dans le temps.

Or, ſi on ajoute foi à la date d'un acte & aux autres clauſes que nous venons de détailler, comment peut-on ne pas ajouter foi à la convention expreſſe par laquelle le débiteur donne, engage ſes immeubles pour ſureté des engagements qu'il contracte? N'eſt-ce pas ſe refuſer à une convention duement atteſtée, & qui ne ſauroit être en aucune maniere douteuſe & incertaine?

Nous ne faiſons que ſuivre en cela l'avis de nos meilleurs Auteurs. Chopin ſur Anjou, *lib.* 3, *tit.* 3, *cap.* 3, *n.* 11, dit que *difficilior eſt fundorum exteri dominatûs prehenſio ac in poſſeſſionem miſſio, quàm pura hypotheca; nam ut pignus contrahitur nudâ conventione, etſi traditum non ſit, ita jure gentium ſancita hypothecæ pactio vim obtinet, ubique terrarum ac regionum, in quibus debitoris bona conſiſtunt. Dummodo creditor conſignatâ litteris teſtatione planum faciat tabellionem eſſe ac publicâ fide ſubnixum eum qui obligatorias debiti cautiones conſcripſerit: quin & Romanâ Lege, ſi per epiſtolam de pignoribus conveniſſet, non eo minus valebat pignorum obligatio, quod dies, & conſules additi, vel tabulæ ſignatæ non eſſent.... at longe aliter ſe habet manûs injectio publica, vel fundi obligati poſſeſſio exteræ Provinciæ, quæ nullatenus admittitur niſi petita à loci principe venia, ejuſve ſaltem Magiſtratu impetretur; & enim Pauli Juriſconſulti opinione is qui poſſidere jubetur, eo loco juſſus videtur, cujus cura ad jubentem pertinet..... proinde in Brabantino Ducatu, etſi hypotheca pacto convento quæratur, advenæ tamen creditori non competit jus exequendi nominis, debitorumque inſtrumenti quod extra Brabantiam confectum ſit, niſi idcircò veniale Ducis reſcriptum exorarit, ſicuti ab Brabantinis Mechliniæ Juriſconſultis accepimus*, & il dit que cela eſt pratiqué ainſi en France.

C'eſt pareillement l'avis de Loiſeau des Offices, *liv.* 1, *ch.* 6, *n.* 104; de le Prêtre, *cent.* 4, *ch.* 80, *n.* 10; v. l'acte de notoriété de M. le Camus, Lieutenant-Civil, du 17 Août 1702; &

la Thaumaſſiere en ſes déciſions, *liv.* 1, *ch.* 48, & c'eſt la déciſion des Arrêts: effectivement cela ſe trouve jugé ainſi par pluſieurs Arrêts rapportés par Bouguier, *L. C. n.* 7; & le Prêtre, *loc. cit.* voyez Morgues ſur les Statuts de Provence, *pag.* 399.

Auſſi M. le P. Bouhier aſſure-t-il qu'on ſiffleroit quelqu'un qui diroit qu'en Bourgogne un contrat paſſé en Pays étranger, n'emporte pas d'hypotheque ſur les biens ſitués en France, *ch.* 26, *n.* 13.

Il faut donc dans ce ſyſtême diſtinguer entre l'hypotheque que donne un acte public, & l'exécution de cet acte. L'hypotheque naît d'une convention expreſſe, ou préſumée dans un acte atteſté par une perſonne publique; mais l'exécution ne ſe procure que par une autorité de Juriſdiction.

D'un autre côté, il y a des moyens d'une grande force. L'on dit, 1°. que l'hypotheque ne naît pas du Droit des gens, mais du Droit civil, ſuivant la Loi 5, *ff. de juſtitia & jure*, & ſuivant l'explication de M. Cujas, ſur cette Loi, qui excepte les obligations, *quæ à Jure civili introductæ ſunt*, & au nombre de celles-ci, Cujas comprend les hypotheques.

2°. L'hypotheque n'a de force que *Jure prætorio*, ſuivant les *inſtit.* §. 7, *tit. de act.* & §. 2, de la Loi 7, *ff. de pactis.*

3°. L'hypotheque chez les Romains dépendant de l'autorité du Préteur, elle doit dans les autres Nations dépendre de l'autorité du Juge. Mornac, *L. ult. ff. de Juriſd.*

4°. Les Jugements des Officiaux n'ont point d'hypotheque en France, quoique leurs Jugements aient une date certaine, voyez Morn. *loc. cit.* Me Ch. du Molin, *art.* 70 de la Coutume d'Eſtampes, 72 de celle de Montfort & 78 de l'ancienne Coutume de Paris.

Nous avons quantité d'Auteurs pour ce parti: Brod. *art.* 105; Ricard, *art.* 164, de Paris; Malicottes ſur Maine, *art.* 186; le Maître, *art.* 165; l'Ordonnance de 1539, *art.* 121; les arrêtés de M. de la Moignon, *art.* 25 des hypotheques.

5°. Il y a auſſi pareillement pluſieurs Arrêts, l'un en 1617, voyez Brod. *art.* 107, 164, 165 de la Coutume de Paris, & Mor. *loc. cit.* un autre en 1621, rapporté *ch.* 136 des Arrêts de Montholon, un autre de 1627, rapporté par Brod. *loc. cit.* & celui de 1737, cité ci-après.

Beaucoup de ceux qui adoptent cet avis, y mettent néanmoins quelques exceptions. Ils accordent volontiers l'hypo-

theque, les uns au contrat du mariage, pour ce qui concerne la dot, le douaire; d'autres encore pour l'indemnité des dettes auxquelles la femme s'oblige avec ſon mari; enfin d'autres y ajoutent les reliquats de compte de tutelle. Mornac, *ad leg. ult. de Juriſdictione;* Tronçon ſur Paris, *art.* 165; Olivier Etienne, *ch.* 15, de ſon Traité des Hypotheques.

Mais ſi on accorde l'hypotheque pour ces ſortes de créances, ſans ſtipulation d'hypotheque, pourquoi ne pas accorder la même choſe à tous les actes paſſés devant des Officiers prépoſés pour atteſter la vérité des actes, du moins quand il y a ſtipulation expreſſe d'hypotheque? Pourquoi un homme n'aura-t-il pas la liberté de dire efficacement par un acte certain, *je vous dois, & pour ſureté de ce que je vous dois, je vous donne mes héritages & mes fonds en nantiſſement?* Et pourquoi d'ailleurs ne pas préſuppoſer cette ſtipulation dans tous les actes authentiques? Ce déſir d'hypotheque n'eſt-il pas dans le cœur de tous les hommes qui contractent?

J'eſtimerois ſur cette queſtion qu'il faut diſtinguer trois ſortes d'hypotheques : l'hypotheque conventionnelle expreſſe, celle qui eſt de convention tacite & préſumée, & celle qui eſt purement légale ou judiciaire; & avec cette diſtinction on eſt en état de concilier les Auteurs & les Arrêts.

Je ne vois nulle difficulté à décider que l'hypotheque de ſimple convention tacite & préſumée, ne s'acquiert pas ſur des biens ſitués dans une domination étrangere. Ma raiſon eſt que cette hypotheque ne peut être fondée que ſur cette maxime admiſe dans le Droit civil, qui eſt que les clauſes qui ſont de convention ordinaire, & qui ſont la ſureté de la convention principale, ſont toujours préſumées ſous-entendues dans les contrats, & par conſéquent ſont dans la volonté & dans la convention des parties.

Or, cette maxime n'eſt point du Droit des gens, *neque de jure gentium primævo, neque de jure gentium ſecundario;* c'eſt, à la vérité, une maxime équitable, & qui vient au ſecours de ceux, ou qui ne ſont pas inſtruits, ou qui contractent avec trop de ſécurité.

Mais une telle maxime ne ſauroit avoir lieu de Droit général dans toutes les Nations; elle doit être renfermée dans les lieux où elle a été admiſe, & pour les contrats paſſés entre

ceux qui ſont ſoumis aux Loix & aux maximes du lieu du contrat.

Je ne ſerois porté à admettre d'exception à ce que je viens de dire, que par rapport aux contrats de mariage, dont la faveur ſemble être au-deſſus de toutes Loix; c'eſt un contrat qui n'eſt pas d'un Royaume, d'une Nation; ce n'eſt pas un contrat borné à l'Europe, c'eſt un contrat des quatre parties du monde, & il ſemble que tous les Souverains ſoient intéreſſés à renoncer à leurs propres Droits, pour donner à ces contrats toute la faveur qu'on peut imaginer.

2°. Je ne vois pas encore de difficulté à décider que l'hypotheque légale & judiciaire d'un lieu, ne peut pas s'étendre dans un autre qui n'eſt ſoumis, ni aux Loix, ni aux Jugements de ce lieu : ma raiſon eſt que cette ſorte d'hypotheque naît de l'autorité des Loix. C'eſt un effet de la Juriſdiction.

Or, l'autorité des Loix, & l'empire des Juriſdictions ſont bornés & reſſerrés dans l'étendue de leur domination; par-tout ailleurs ces Loix ſont ſans force & ſans vertu.

Quant à l'hypotheque conventionnelle expreſſe, il paroîtroit que par le Droit même des gens, elle doit avoir lieu par-tout.

Je ſais que l'on m'oppoſera d'abord que l'hypotheque eſt de l'invention des Grecs; que le Droit civil l'a admiſe en déférant à l'autorité du Préteur; que M. Cujas l'a nommément exceptée de tous les contrats introduits par le Droit des gens, & que c'eſt l'autorité du Préteur qui lui a donné de l'efficacité, *hæc obligatio efficax eſt jure Pretorio.* Cujas, *L. 5, ff. de juſt. & jur.*

Mais ſans remonter à la premiere origine de l'hypotheque conventionnelle expreſſe, ſans examiner ſi elle ſe tire des Grecs, des Romains, ou des Nations plus reculées encore, ſans m'embarraſſer ſi c'eſt le Préteur qui lui a donné cours, & l'a rendue utile & efficace, ſans diſcuter s'il ne faut pas diſtinguer l'action d'hypotheque qui s'intente contre le débiteur poſſeſſeur de la choſe hypothéquée, dont l'origine eſt aſſez obſcure, d'avec l'action hypothécaire qui s'intente contre le tiers détenteur dont l'origine eſt due au Préteur Servius, je me renferme dans un point. L'hypotheque eſt une convention, c'eſt une ſureté convenue entre les parties pour l'accompliſſement des choſes auxquelles elles ſe ſont engagées; c'eſt un

droit qu'elles ont accordé ſur les biens dont elles ſont propriétaires. *Sola conventio format hypothecam*, dit Me Ch. du Molin, *art.* 70 de l'ancienne Coutume de Paris, en parlant des actes paſſés pardevant les Notaires Epiſcopaux. Cette convention ne ſera pas du Droit des gens, ſi l'on veut; mais elle doit être exécutée par le Droit des gens, parce que le Droit des gens veut que toutes conventions qui ſont ſages, raiſonnables & de bonne foi, qui par conſéquent ne ſont, ni contre les bonnes mœurs, ni contre une Loi prohibitive, ſoient néceſſairement exécutées: toutes ces ſortes de conventions, encore même qu'elles tirent leur origine du Droit civil, deviennent comme conventions ſujettes au Droit des gens; c'eſt ce qui a fait dire à Vinnius qu'il n'y avoit aucune obligation, que l'on pût dire purement & ſimplement être du Droit civil; mais ſeulement à quelques égards, en tant que le Droit civil y avoit attaché une forme & une maniere de les contracter. *Illud interim hîc affirmare auſim nullam obligationem dici poſſe ſimpliciter, & abſolute eſſe juris civilis, ſed* κατά τι *duntaxat, quatenus nimirum non niſi ſub certo modo, & formâ ex conſenſu obligatio jure civili producitur*, Inſtit. lib. 1, tit. 2, §. 2, n. 4.

Mais pour la conſtitution d'hypotheque conventionnelle expreſſe, nous ne voyons pas qu'il y ait d'autres formes requiſes que celles néceſſaires pour conſtater la convention, & cette forme dépend de ce que les Loix où les parties contractent, requierent pour aſſurer la vérité de toutes les conventions: cette forme obſervée, il y a une convention, & le Droit des gens veut qu'elle ſoit exécutée.

Il faudroit néanmoins reſtreindre cet avis, quand il s'agit d'hypotheque ſur des biens ſitués en des Coutumes de nantiſſement, & autres Coutumes ſemblables qui preſcrivent des formalités réelles.

Dans nos mœurs, l'hypotheque une fois acquiſe a lieu ſur les biens préſents & à venir; mais je croirois que quant à l'hypotheque des contrats autres que des contrats de mariage, il faudroit la reſtreindre aux biens préſents au jour de l'hypotheque convenue: car, ſelon le Droit des gens, on ne peut pas donner en gage ce dont on n'eſt, ni propriétaire, ni poſſeſſeur; c'eſt un Droit purement de l'invention du Droit civil, que de pouvoir hypothéquer les biens à venir, & qui ne peut être communiqué qu'à ceux de la Nation qui l'a adopté.

On

On trouve dans un Recueil d'Arrêts, imprimé en 1743, & dans le Recueil de Juriſprudence de M. Guy du Rouſſaud de la Combe, *verb. hypotheq. ſect.* 2, *n.* 5, un Arrêt du 23 Août 1737, que j'ai annoncé ci-deſſus, qui a jugé, dit-on, qu'un contrat de mariage paſſé à Liege, n'emporte point hypotheque en France; mais cet Arrêt ayant été levé à l'occaſion d'une conteſtation conſidérable dont nous allons parler, on trouva dans le vu de cet Arrêt, qu'entre les mêmes parties il étoit intervenu précédemment un Arrêt du 28 Avril 1730, qui avoit expreſſément ordonné que la femme ſeroit colloquée ſur le prix des biens de ſon mari ſitués en France, pour ſes repriſes & conventions matrimoniales, par hypotheque du jour de ſon contrat de mariage; mais que cet Arrêt ayant ordonné qu'il ſeroit procédé à la liquidation des repriſes & droits de la femme, devant un Juge commis, il avoit été prouvé, en y procédant, que la femme avoit été payée de ſon douaire & de ſon préciput par les effets qu'elle avoit eus de la ſucceſſion de ſon mari; & à l'égard de la dot, la femme n'ayant pu juſtifier que ſon mari en avoit été payé, ces conſidérations déciſives donnerent lieu à l'Arrêt de 1737, qui déboute la femme de ſes prétentions, mais qui ne juge nullement la queſtion de l'hypotheque.

On propoſe contre ce parti, 1°, l'Ordonnance de 1629, *art.* 121, qui porte que les obligations reçues ès Souverainetés étrangeres, n'auront aucune hypotheque, & tiendront lieu de ſimples promeſſes. Mais ſans parler du ſort de l'Auteur de cette Ordonnance, qui a fait tomber l'Ordonnance même que les uns prétendent néanmoins avoir été enrégiſtrée au Parlement de Paris, & les autres ne l'avoir pas été, il eſt certain qu'elle n'a pas eu d'exécution, & d'ailleurs elle contient des diſpoſitions contre leſquelles les Juriſconſultes ont toujours réclamé depuis, & que les Arrêts n'ont point ſuivi.

On oppoſe, en ſecond lieu, que par les différents Traités des mois de Janvier 1718 & Juillet 1738, paſſés entre la France & la Lorraine, on a donné une hypotheque réciproque dans les deux Pays, aux Actes publics, ſoit Arrêts, Jugements, Sentences, ſoit Contrats & autres inſtruments. D'où l'on conclut qu'ils n'emportoient pas d'hypotheque auparavant; mais il y a grande apparence que ces Traités n'ont eu pour véritable objet, que l'hypotheque légale; & que dans l'intention où l'on

étoit d'accorder aux Jugements, Sentences & autres inſtruments ſemblables, une hypotheque réciproque entre les deux Nations, on a cru devoir y joindre les contrats, non pas qu'il fût douteux & incertain auparavant, s'ils emportoient hypotheque, mais pour ne laiſſer d'occaſion à aucunes conteſtations, par une omiſſion que l'on auroit pu tirer à conſéquence. Ainſi l'on peut dire que ces Traités ne donnent pas un droit nouveau aux contrats, mais qu'ils le confirment.

Notre queſtion d'hypotheque s'eſt renouvellée en 1744, au ſujet du contrat de mariage de Madame de Carignan, paſſé à Turin, en préſence du Roi de Sardaigne, le 22 Octobre 1714.

Ce contrat de mariage contenoit, de la part des contractants, une obligation réciproque de tous leurs biens préſents & à venir.

M. de Carignan poſſédoit de grands biens en France; après ſon décès il y eut ſcellé ſur ſes effets. Des créanciers parurent, & il s'éleva entre eux & Madame de Carignan des conteſtations au ſujet de l'hypotheque que Madame de Carignan prétendoit du jour de ſon contrat de mariage, pour ſes repriſes & conventions matrimoniales. La queſtion fut amplement diſcutée. Il y eut de grands Mémoires imprimés, fournis de part & d'autre; & par Arrêt rendu le 4 Septembre 1744, ſur délibéré, en la troiſieme Chambre des Enquêtes, où les Parties avoient été renvoyées, on accorda à Madame de Carignan, ſur les biens de France, une hypotheque du jour de ſon contrat de mariage.

Cet Arrêt a été attaqué par la voie de la caſſation. Il m'eſt tombé entre les mains les Mémoires des Parties de part & d'autre, qui ſont aſſurément des chefs-d'œuvres d'érudition, & j'apprends que l'Arrêt a été caſſé après partage, & que la caſſation ne l'a emporté que d'une voix.

Mais j'ai appris depuis qu'en Savoie on ne donne pas d'hypotheque à nos contrats; & par cette raiſon il ne paroît pas naturel que nous en donnions aux contrats de Savoie. Les principes demanderoient que par-tout on accordât la même hypotheque; mais puiſque la réciprocité manque en Savoie, cela fait ceſſer les principes.

*Jugements en actions, qui ſont tout à la fois perſonnels & réels.*

Burgundus explique cette troiſieme eſpece de Jugement en cette maniere. *Judicia in rem, & in perſonam concipiuntur, ſi & res, & perſonæ ſimul in condemnationem veniant; ſi quidem res alterutri litigatorum ita adjudicari ſolet ut vel invicem, ille alteri certâ pecuniâ condemnetur, vel ita ut re actori adjudicatâ, reus invicem aliquid dare, vel facere, aut non facere condemnetur, vel ſi ſtatûs ejus conditionem ſimul ſententia diſcutiat.* Il en donne un exemple. *Si pro forenſi formula ita pronuncietur ut priùs condemnetur reus in ſolutionem debiti, atque eo moram faciente in poſſeſſionem creditor mittatur, jam non realis erit ſententia, ſed mixta, hoc eſt ſimul in perſonam, & in rem concepta; in perſonam quidem eatenus qua ſolvere jubetur debitor, realis quatenus creditor in poſſeſſionem mittitur, alioquin enim vix fere contingit ut ubi realis condemnatio fertur, perſonalis non accedat, propter expenſas quæ plerumque perſonis irrogantur;* & c'eſt ce que dit la Loi 37, ff. *de oblig. & action. mixtæ ſunt actiones in quibus uterque actor eſt.*

Delà on voit que cet Auteur diſtingue deux ſortes de Jugements. Ceux qui prononcent des condamnations réelles contre l'une des Parties, & en conſéquence prononcent des condamnations perſonnelles contre l'autre, ou même des condamnations, tant réelles, que perſonnelles, contre la même perſonne; & les Jugements qui ſtatuent ſur des actions perſonnelles, & en conſéquence qui, pour l'exécution, permettent & ordonnent quelque choſe de réel, comme ſeroit un envoi en poſſeſſion d'un fonds.

Cela ſuppoſé, il eſt facile de voir, par rapport à la premiere eſpece de Jugements, qu'étant intervenus directement ſur des actions réelles, ces Jugements ne produiſant que par conſéquence ſeulement des condamnations perſonnelles, il faut ſuivre ce que nous avons dit ci-deſſus par rapport aux Jugements rendus en actions réelles: le principal emporte ici l'acceſſoire; & ſi les Jugements ſont rendus dans une autre domination que celle où les biens ſont ſitués, il n'y a pas, ſelon moi, de doute qu'il faudra revenir par nouvelle action.

Quant à la ſeconde eſpece, c'eſt-à-dire, quant aux Jugements qui prononcent des condamnations perſonnelles, en conſéquence deſquelles on prononce dans l'exécution, & pour l'exécution, quelque choſe de réel, comme ſi on ordonne une miſe en poſſeſſion, ſi on confirme une ſaiſie réelle, ſi on ordonne la vente de quelque fonds, dans ces cas je diſtingue le perſonnel d'avec le réel.

Quant à la condamnation perſonnelle, j'eſtime qu'il faut ſuivre ce que nous avons dit au ſujet des Jugements rendus en matiere perſonnelle.

Mais quant à ce qui eſt réel, je dis que cela dépend entiérement de la Loi de la ſituation, *ſi prædia diverſis Provinciis ſuppoſita hypothecæ creditor acceperit, ac ceſſante debitore, in alterutro territorio in poſſeſſionem miſſus fuerit, non debet ad alterius territorii prædia ſententia porrigi, in quæ judex mittens nullum jus habet.* Burg. tract. 3, n. 12.

Ainſi les Juges doivent s'abſtenir de rien ſtatuer pour des biens ſitués dans une autre domination; que s'ils y ſtatuent, il faut, dans les Pays étrangers où les biens ſont ſitués, faire confirmer, non pas la condamnation perſonnelle, mais ce qui a été ordonné de réel.

Quand dans une conteſtation il peut y avoir du réel, & que le réel eſt dépendant du perſonnel, de maniere qu'en jugeant le perſonnel, le réel tombe; il n'y a pas d'inconvénient que le Juge en réglant le perſonnel, déboute du réel. Nous en avons un exemple magnifique dans Faber, *C. liv.* 7, *tit.* 20, *definit.* 29. Un Dauphinois demandoit au Parlement de Chambéry certains biens en vertu d'un fidéicommis. Celui qui détenoit les biens, oppoſoit que pour raiſon de ces biens, il avoit fait une tranſaction avec le pere du demandeur, & que le demandeur en étoit héritier. Le demandeur repliquoit qu'à la vérité, il étoit héritier, mais ſeulement par bénéfice d'inventaire; & comme il étoit en conteſtation pardevant les Juges du Dauphiné, avec les créanciers de la ſucceſſion, ſur la validité de l'inventaire, il demanda que les Parties fuſſent renvoyées pardevant eux. Le défendeur y donna les mains, & la cauſe ayant été diſcutée en Dauphiné, tant en cauſe principale, que d'appel, le demandeur avoit réuſſi dans l'entérinement de ſes Lettres de bénéfice d'inventaire. Le défendeur s'étoit pourvu au

Conſeil du Roi en caſſation de cet Arrêt, & avoit demandé que toutes les conteſtations, même celle de la reſtitution des biens fidéicommiſſaires, fuſſent renvoyées au Parlement de Paris; ce qu'il avoit obtenu.

Au Parlement de Paris, après quantité d'incidents, il fut prouvé qu'il y avoit eu dans la confection de l'inventaire quantité de mal-façons de la part du demandeur, & il fut déclaré héritier pur & ſimple; en conſéquence de quoi il lui fut fait défenſes de pourſuivre la répétition des biens fidéicommiſſaires, & condamné à ratifier la tranſaction paſſée avec ſon pere, & en tous les dépens.

Le défendeur qui avoit gagné ſon procès au Parlement de Paris, ayant voulu ſe faire payer de ſes dépens, ſe pourvut au Parlement de Chambéry, pour obtenir la permiſſion de mettre à exécution l'Arrêt du Parlement de Paris; le demandeur s'y oppoſoit, prétendant qu'on ne pouvoit mettre à exécution, en Savoie, un Arrêt d'un Parlement étranger.

Il alléguoit, pour premier moyen, que Henri III, Roi de France, avoit lors interdit ſon Parlement, qui par conſéquent étoit ſans pouvoir & ſans autorité; mais on fit peu d'attention à ce premier moyen; parce que, dit Faber, encore que généralement parlant, le Parlement de Chambéry pût entrer dans l'examen de ſavoir ſi l'Arrêt du Parlement de Paris étoit régulièrement rendu, cependant il n'appartenoit pas à celui de Chambéry de décider ſur l'interdiction de tout un Parlement, tel que celui de Paris, & de révoquer en doute le droit & l'autorité de ce Parlement qui avoit continué de juger comme à l'ordinaire.

Le ſecond moyen fut que le Parlement de Paris avoit ſtatué ſur un fidéicommis dont les biens étoient ſitués en Savoie, & néanmoins le Parlement de Chambéry ordonna l'exécution de l'Arrêt du Parlement de Paris, qu'il jugea très-régulier. *Viſum eſt prudentiſſime factum ab ampliſſimo illo ordine, qui nec quicquam de fideicommiſſo pronunciaſſet, ſed tantum in perſonam Galli hominis..... ita Senatus anno* 1594.

On peut juſtifier cette déciſion par un autre exemple. Un homme demande à être admis dans une ſucceſſion dont les biens ſont répandus en différents Pays; on lui oppoſe qu'il eſt incapable de ſuccéder, parce qu'il eſt batard: ſon état eſt diſcuté,

& il eſt jugé dans ſon domicile être batard ; en conſéquence le même jugement le déclare incapable de ſuccéder. On ne pourroit pas prétendre dans cette eſpece qu'il fallut recommencer la queſtion pardevant le Juge de la ſituation des biens où les batards ne ſuccedent point, parce que la queſtion perſonnelle emporte la queſtion réelle, qui en eſt une dépendance, & que la prononciation tombe principalement ſur le perſonnel.

Au ſurplus quelque jugement qui ait été rendu dans une Nation même en matiere perſonnelle, ſi on veut le mettre à exécution chez l'étranger, ou que l'étranger veuille le mettre à exécution chez nous, on ne peut le faire qu'avec la permiſſion, & de l'autorité du Souverain, où on veut le mettre à exécution, & c'eſt ce qui nous reſte à examiner.

*Comment s'exécutent dans le Royaume, les Jugements rendus dans les Pays étrangers.*

Il eſt certain qu'un jugement eſt vain & illuſoire, ſi d'ailleurs on ne peut pas le mettre à exécution : c'eſt, diſent nos Auteurs, *campana ſine piſtillo, cythara ſine fidibus ;* mais l'exécution des jugements a ſes regles qu'il faut préſentement examiner.

Il eſt un principe en cette matiere, qui eſt qu'un Juge n'a pas d'autorité au-delà de ſon territoire. Son pouvoir eſt borné dans cette étendue, *ejus territorium ſuis finibus clauditur, & latitudo ejus meta eſt cujuſque poteſtatis*, d'Arg. art. 17, de la Coutume de Bretagne.

C'eſt pourquoi les Loix diſent que hors de ſon territoire on peut ne point lui obéir, *extra territorium jus dicenti impune non paretur.* L. 20, ff. *de Juriſdictione.*

C'eſt ainſi que les Officiers créés pour des fonctions publiques, ne peuvent les exercer que dans les lieux marqués par leurs Edits de création. Les Notaires, par exemple, ne peuvent inſtrumenter licitement & même valablement hors le territoire pour lequel ils ſont créés Notaires. C'eſt la remarque de M^e Ch. du Molin, ſur *l'art.* 65 de l'Ordonnance de 1539, *ſi extra territorium factæ ſint litteræ obligatoriæ, videntur ab initio non valere ;* ce que je voudrois entendre néanmoins,

quant à l'hypotheque & à l'exécution parée, & même quant à la preuve de l'engagement, quand les contractants ne ſavent pas ſigner, & qu'il s'agit de plus de 100 liv. Autrement j'eſtimerois que ces ſortes d'actes atteſtés par un nombre ſuffiſant de témoins, doivent avoir *vim probationis*. Je leur donnerois même, & exécution, & hypotheque, ſi le Notaire par erreur de territoire, ou par une ancienne poſſeſſion étoit accoutumé à inſtrumenter dans un lieu.

Quand on dit que les Lettres obligatoires ont une exécution parée, cela eſt vrai indiſtinctement, lorſqu'elles ſont paſſées pardevant un Officier Royal, ſoit que les parties contractantes y ſoient domiciliées ou non, parce que le Scel Royal, dont ces ſortes de Lettres ſont ſcellées, peut être prorogé entre tous les ſujets d'une même domination.

Mais ſi les actes étoient paſſés pardevant un Officier de Seigneur, quoique ſcellés du ſceau de ſa Juriſdiction, ils n'emporteroient d'exécution parée que contre les juſticiables du Seigneur au jour des actes obligatoires, parce que *ſigillum non regium non poteſt prorogari.*

Que ſi celui qui eſt juſticiable d'un Seigneur au jour des actes ceſſoit par changement de domicile d'en être juſticiable, il n'en ſeroit pas moins ſujet à l'exécution parée.

Que ſi ayant été juſticiable ci-devant, il ceſſoit de l'être au jour des actes, ou s'il ne l'avoit jamais été, pour lors les actes duement ſignés des parties auroient *vim probationis tantum*, & ne ſeroient bons qu'à fonder une demande en exécution proviſoire. Mol. *art.* 66 de l'Ordonnance ci-deſſus, voyez M. Poulain du Parc, *art.* 177 de la Coutume de Bretagne.

Delà il ſuit que le Juge d'un territoire ne ſauroit commander à un Juge d'un autre territoire, à moins qu'il ne ſoit Juge ſupérieur, auquel cas il ne commande toujours que dans l'étendue de ſa Juriſdiction. *Superior in inferioris ſui territorii Lege agit; quare non ſolent apparitores Præſidum ab ſubalternis, aut inferioribus veniam petere, nec Parlamenta à Præſidibus*, d'Arg. *loc. cit.*

Ces maximes ont lieu non-ſeulement contre des Juges étrangers & d'une autre domination, mais encore entre les différents Juges d'un même Royaume, qui, quoique tenant leur

pouvoir du même Souverain, ont un territoire plus ou moins borné, & une Juriſdiction plus ou moins abſolue & dépendante.

C'eſt pour marquer, ou cette égalité de pouvoir, ou cette ſupériorité de Juriſdiction, que lorſque quelque affaire ſe préſente devant un Juge, & qu'il n'eſt pas compétent, mais un autre Juge qui lui eſt égal ou ſupérieur, il ordonne que les parties ſe pourvoiront; & ſi étant Juge ſupérieur de l'affaire, la connoiſſance ne lui appartient que par appel, il renvoie devant le Juge inférieur.

C'eſt de ce principe fondé ſur la Loi 20 ci-deſſus, qu'eſt née la néceſſité des *Pareatis*, & des commiſſions rogatoires, ſuivant que nous en aſſure Godefroy. *Illa ex Lege originem trahit mandatum illud in foris uſitatum, pareatis, & præſidenti, & exequenti ſententiam factum.* Voyez encore le même Godefroy, ſur la Loi 15, *ff. de re judicata.*

En ſorte que quand on veut exécuter un jugement dans une autre Juriſdiction, on ne le peut que de la permiſſion du Juge de cette Juriſdiction. *Ultra Juriſdictionem effectus ſententiæ ad executionem debilis eſt, & languidus; quia coerceri ſine veniâ judicis ejus Provinciæ ubi verſatur condemnatus, non poteſt,* dit Burg. *tract.* 3.

C'eſt pourquoi, quand il s'agit de mettre à exécution dans une Juriſdiction un jugement rendu dans une autre, *tunc judex rogat, & obteſtatur judices locorum, in quibus rei bona ſita ſunt, ut ſinant judicatum exequi; is perſpectâ Sententiâ præcipit apparitori ſuo expoſtulatam executionem adimplere eâ formâ & ratione quâ ſoleat Sententiam proprii conſeſſûs exequi. Ant. Math. quæſt.* 23, *Guid. Pap.*

Si l'on omet de demander cette permiſſion, & que l'on exécute, l'exécution eſt nulle, *omiſſâ hujuſmodi rogatione executionem, quæcumque tandem illa ſit, nullam cenſeri.* Godefroy ſur la Loi 20 ci-deſſus.

Par l'Ordonnance de 1667, *art.* 6, *tit.* 27, les Arrêts ſont exécutés par tout le Royaume, en vertu d'un *Pareatis* du grand ſceau, ſans permiſſion en ce cas des Juges où on veut les mettre à exécution, *ſententiam Romæ dictam etiam in Provinciis, poſſe Præſides, ſi hoc juſſi fuerint, ad finem perſequi*, la Loi 15 ci-deſſus, *de re jud.*

On

On peut encore prendre un *Pareatis* en la Chancellerie du Parlement où ces Arrêts devront être exécutés; enfin il faut au moins prendre une permiſſion du Juge des lieux.

La diſpoſition de cette Ordonnance doit s'entendre des Arrêts rendus dans le Royaume, qui ſont à exécuter dans l'étendue d'un autre Parlement : car s'ils ſont à exécuter dans l'étendue des Parlements mêmes qui les ont rendus, il ne faut aucun *Pareatis*, par la raiſon ci-deſſus, que *ſuperior in inferioris ſui territorio Lege agit ;* c'eſt ainſi que cela fut décidé par Arrêt, du 2 Mars 1599, par rapport à un Arrêt du Parlement de Paris, qui étoit à exécuter dans le Duché de Bar, & dont le Lieutenant de cette Juriſdiction, & le Procureur du Duc de Lorraine avoient empêché l'exécution, parce qu'on n'avoit pas demandé de *Pareatis*, & que l'Arrêt ne portoit pas de clauſes rogatoires : la raiſon de l'Arrêt fut que le ſupérieur ne demande pas de *Pareatis* à l'inférieur, & que le Duché de Bar releve en foi & hommage du Roi; le Lieutenant fut ajourné à comparoir en perſonne. V. Bouchel, *verbo*, *Pareatis*.

Je ne connois d'exception à ce grand principe en matiere civile, que lorſque les exécutions ſont faites en vertu des Sentences des Juges & Conſuls du Royaume, & celles de la conſervation de Lyon qui s'exécutent ſans *viſa*, ni *Pareatis* dans toute l'étendue du Royaume, de même que ſi leſdites Sentences étoient ſcellées du grand ſceau. Edit de 1669.

Il faut obſerver que l'on ne doit permettre l'exécution d'aucun titre qu'autant qu'il eſt ſcellé d'un ſceau public, & autoriſé dans les Etats du Prince, où on veut mettre le jugement à exécution, & qu'autant qu'il eſt *cogné des coins d'un Seigneur*, diſent les Aſſiſes de Jéruſalem.

C'eſt delà que les actes des Notaires doivent être ſcellés, parce que les Notaires, *ex tabellionatûs munere nullam habent Juriſdictionem, nec poſſunt autoritatem ullo modo in actibus legitimis interponere*, Pontan. tit. 3, art. 17, *verbo tabellionis creandi*, de la Coutume de Blois.

En effet, ce ne ſont pas les contrats, en tant que contrats paſſés par les Notaires, qui emportent exécution parée; mais en tant qu'ils ſont ſcellés. Les parties anciennement & avant que l'uſage des Notaires fût ſi commun, ſe retiroient pardevant le Garde-ſcel, & y déduiſoient leurs conventions, *quibus au-*

*ditis* le Garde-ſcel par forme de jugement, ordonnoit l'exécution des choſes dont elles étoient convenues, raiſon pour laquelle telles conventions étoient exécutoires, ainſi que l'eſt une Sentence : Coquille en ſa *queſt.* 192.

Il en eſt de même des jugements; ils n'acquierent le dernier dégré de publicité & d'autorité que par le ſceau : mais ſi les titres & les jugements émanés d'Officiers publics dans le Royaume ne peuvent être exécutés qu'ils ne ſoient ſcellés, il faut dire, à plus forte raiſon, que ceux émanés d'Officiers étrangers doivent l'être pareillement d'un ſceau public, & autoriſé dans le Royaume, fuſſent-ils d'ailleurs ſcellés du ſceau du Prince dont ils ſont émanés.

La raiſon eſt que le ſceau eſt l'empreinte & la marque de l'autorité publique. Or, le ſceau d'un Prince étranger n'a hors de ſes Etats aucune autorité ou force coactive, puiſque le Prince lui-même n'y a, ni domination, ni ſouveraineté.

C'eſt ce qui fait que l'on a douté, ſi les conventions d'hypotheque paſſées en Pays étrangers pouvoient avoir lieu en France, en ne démêlant pas, ou plutôt en confondant l'authenticité néceſſaire pour rendre un acte certain, & dont la vérité ne puiſſe être révoquée, d'avec l'autorité néceſſaire pour donner à l'acte force coactive. Le ſceau eſt néceſſaire pour l'exécution des contrats, & pour donner le Droit de coaction; mais il n'en eſt pas de même pour l'hypotheque, comme je l'ai obſervé ci-devant.

Le ſceau que nous requérons par rapport aux actes & jugements étrangers, eſt le ſceau que le Prince emploie dans les grandes affaires, celui que l'on appelle le grand ſceau; parce que l'exécution dans ſon Royaume de pareils actes & jugements, intéreſſe directement ſon autorité, & que c'eſt à lui à peſer s'il doit, ou ne doit pas permettre dans ſes Etats que l'on y exécute aucuns actes émanés d'une autre Souveraineté, actes qui n'y peuvent être exécutés que de ſon ordre & de ſon commandement exprès.

C'eſt pour cette raiſon qu'il faut dans le Royaume s'adreſſer à la Grande-Chancellerie, pour y obtenir un *Pareatis* au grand ſceau, qui ne s'accorde ordinairement que ſur des Lettres rogatoires du Prince, de l'autorité duquel ſont émanés les actes & jugements qu'on veut mettre à exécution, & ces

Lettres s'appellent, *Litteræ remiſſoriæ, requiſitoriæ ac mutui compaſſûs.* Godef. ſur la Loi 20 ci-deſſus. Si on n'obtenoit pas ces Lettres, l'autorité du Prince ſeroit bleſſée. *Lædi videretur, ſi non eſſet rogatus ſenatus qui Principis vice fungitur. Itemque ſi de executione tractaretur ejus Sententiæ quæ fortaſſe læderet Principis dignitatem, vel utilitatem. Fab. loc. cit. de fin. 2.*

Voët en ſon Traité *de Statutis, ſect.* 10, *n.* 14, obſerve que, ſuivant les uſages de ſa Nation, il faut préſenter des Lettres rogatoires, *ut de moribus noſtris dicendum ſit, ex humanitate per requiſitorialia judices alterius territorii ſententiam alibi latam executioni mandare ſolere: attamen ad hoc non ſunt obſtricti, undè etiam Geldri per requiſitoria deſiderati ſententiam in noſtro territorio latam exequi detrectabunt;* & il ajoute, *multo minus de moribus judex ſententiam alterius territorii exequetur, ſi lata ſit contra territorii ſui ſtatutum, ratione rerum in ſuo territorio ſitarum. Idque obtinet in vindicationibus, ſucceſſionibus ab inteſtato, & ex teſtamento.*

C'eſt pourquoi en France, ni les Juges du Royaume, ni même les Chancelleries près les Parlements, ne peuvent accorder de *paréatis* dans ces cas.

C'eſt ce qui donna lieu lors de l'Arrêt de 1585 ci-deſſus cité, de prononcer ſur le *paréatis* accordé par le Juge de Baſſigny, pour l'exécution d'un Arrêt du Parlement de Turin, qu'il avoit été nullement & incompétemment ordonné.

C'eſt ce qui eſt porté par un Réglement précis du Parlement de Toulouſe, du 30 Avril 1647. Les Juges d'Avignon avoient rendu un Arrêt de condamnation pour le paiement d'une ſomme de 400 livres. Le Sénéchal de Cahors avoit accordé un *paréatis*. Il fut fait défenſes d'accorder de ſemblables *paréatis*, pour l'exécution des Sentences des Juges des Princes étrangers. Les Avignonois uſent des droits des Regnicoles pour les ſucceſſions, & non quant à la Juriſdiction.

Avignon eſt de l'ancien Domaine du Comté de Provence, démembré & éclipſé dudit Comté, & que le Pape ne poſſede que par engagement. Voyez Morgues ſur les Statuts & Comtes de Provence, *pag.* 409; & Dupuy, des Droits du Roi, *pag.* 241.

M. Talon, dans le Plaidoyer inſéré dans l'Arrêt du 14 Août 1632, rapporté par Bardet, *tom.* 2, *liv.* 1, *chap.* 42, a fait la même remarque par rapport à l'Artois, qui lors n'obéiſſoit pas

à la France, & dit que les droits de ſucceſſions ont été conſervés entre les François & les Artéſiens; mais que les autres droits & privileges attribués aux Regnicoles, leur ſont refuſés, & en conſéquence on n'autoriſa pas en France l'exécution d'un décret de priſe de corps décerné par le Juge de Hédin, ſur lequel la Partie civile avoit obtenu une ſimple permiſſion du Juge de Montreuil.

Mais quand on a obtenu un *paréatis* du grand Sceau, il faut bien ſe donner de garde de venir, par action, pardevant le Juge du lieu où l'on veut mettre le Jugement à exécution. Il faut ſe renfermer dans la ſimple exécution; *mera enim executio commiſſa eſt, non cognitio :* car ſi l'on vient par action, c'eſt ſoumettre au Juge pardevant lequel ſe forme l'action, la connoiſſance du jugé même. C'eſt la remarque du Spéculateur, *lib. 2, part. 2, de executione ſentent. Breviter dicendum eſt qualiter, & quo jure ſententiæ executio petatur; ſuper quo Advocati multum errare conſueverunt: ſolent enim petere ſententiarum executionem per actionem in factum deſcendentem ex re judicata, & malè; nam quilibet victor habet duo auxilia, ſcilicet judicis officium, & actionem judicati; ſi verò vult executionem petere, petat hoc judicis officio, & ſine libello, quæ executio in facto conſiſtit, & ſic ibi ſummaria cognitio cùm de capiendis pignoribus diſputatur, nec debet tunc judex judicis partes aſſumere, ſed ſolum executoris; ſed ſi proponeretur actio, jam judex cognoſceret, & deſineret eſſe executor. Aliud enim eſt cauſæ cognitio, & aliud executio. 1°. Caſu agitur pro ſententia ventilanda. 2°. Caſu pro ſententia exequenda.*

Mais quoique la Partie ait obtenu un *Paréatis du grand-Sceau*, & ſe ſoit renfermée dans la ſimple exécution, il arrive ordinairement que celui qui eſt condamné, ſe pourvoit par oppoſition contre les pourſuites qui ſont faites contre lui, & non-ſeulement il propoſe des moyens contre l'exécution, mais il en propoſe même contre le Jugement. Dans ce cas, la Partie qui a le titre, qui n'eſt ſuſceptible, ni d'oppoſition, ni d'appel, doit ſe renfermer dans la fin de non-recevoir réſultante de la choſe jugée, & conclure à ce que ſans s'arrêter à l'oppoſition formée au Jugement, dans laquelle la Partie ſera déclarée non-recevable, le Jugement ſera mis à exécution, parce que pour lors, *non agitur de ſententia ventilanda, ſed de ſententia exequenda*, & il ne faut, *neque libellus, neque litis conteſtatio.*

Néanmoins s'il paroît ſenſiblement que le Jugement rendu dans les Pays étrangers, l'ait été incompétemment, & contre l'ordre public, comme s'il a été rendu en matiere réelle, & pour des biens ſitués hors la domination du Prince, où le Jugement a été rendu, le Juge de la ſituation des biens à qui la connoiſſance des fonds appartient, doit recevoir oppoſant aux contraintes, & ſans que d'ailleurs il fût beſoin d'appel, ni même d'oppoſition au Jugement, ſuivant Boniface, *tom.* 1, *pag.* 64 *de l'édition de Lyon*, *de* 1708; ordonner que les Parties conteſteront de nouveau.

Que ſi le Jugement n'ordonnoit une miſe en poſſeſſion de biens, que ſubordinément à une condamnation perſonnelle, & comme ſimple exécution du perſonnel, le Juge de la ſituation, ſans connoître de la condamnation perſonnelle, doit recevoir oppoſant, en ce que la Sentence a permis la miſe en poſſeſſion des fonds, & néanmoins permettre de ſon autorité, la miſe en poſſeſſion.

Que ſi le Jugement ne ſtatuoit qu'en matiere perſonnelle, mais qu'il y eût *omnimodam incompetentiam tam ratione domicilii, quàm ratione contractûs, & loci ſolutionis*, & que le Jugement ſoit par défaut, il recevra oppoſant & ordonnera que les Parties défendront.

S'il y a incompétence, mais que les Parties aient plaidé contradictoirement, il doit ordonner l'exécution proviſoire, en donnant caution par celui qui demande l'exécution.

Mais ſi les exceptions propoſées ne naiſſent que *poſt ſententiam, & non oppugnant ſententiam;* ſi ces exceptions ne regardent que la ſimple exécution, comme ſi l'on demandoit plus qu'il n'eſt porté par le titre, ou avant les délais accordés par icelui; ſi on exécutoit au préjudice d'une tranſaction, d'un paiement, qui auroient été faits depuis la Sentence; ſi l'on exécutoit, ſans avoir les titres en mains; ſi on agiſſoit contre des héritiers qui ne fuſſent pas inſtruits; enfin ſi on procédoit contre les formes judiciaires du lieu où on veut exécuter le Jugement; ce ſeroit le cas de recevoir l'oppoſition, & d'y faire droit. Voyez *Guid. Pap. quæſt.* 23, *Gaiil. lib.* 1, *obſervat.* 113, *n.* 8, qui, entre autres exceptions, y met la compenſation, parce que, dit-il, *compenſatio non oppugnat ſententiam, ſed eam potiùs confirmat, eo quod compenſatio ſit quædam ſolutio, & ſic pars executionis.*

C'eſt ainſi que le ſieur de Rentigny ayant fait condamner par deux Jugements ſouverains donnés à Rome, le ſieur de Fargis à lui payer 1091 écus contenus en ſa promeſſe; & le ſieur de Rentigny ayant, depuis la mort du ſieur de Fargis, demandé au Parlement de Paris permiſſion de faire exécuter, contre les héritiers, les Jugements ſouverains rendus à Rome, il intervint Arrêt le 11 Juillet 1598, qui ordonna que la promeſſe mentionnée en la demande, ſeroit communiquée au Défendeur, pour y répondre ce que bon lui ſembleroit, pour ce fait, & rapporté, être fait droit, ainſi que de raiſon.

Je n'examine pas pourquoi la Cour n'ordonna pas que le ſieur de Rentigny ſe pourvoiroit pour obtenir des Lettres du grand Sceau; peut-être les avoit-on obtenues, & l'on demandoit ſimplement l'exécution contre les héritiers. Quoi qu'il en ſoit, ce qui eſt ordonné par l'Arrêt, pouvoit être ordonné ſur l'exécution des Jugements de Rome; parce que, dans l'exécution, il étoit juſte que les héritiers connuſſent les titres ſur leſquels la condamnation étoit intervenue contre le défunt: les ſeuls Jugements ne ſuffiſoient pas pour exiger le paiement; ils devoient être joints à la promeſſe du défunt; faute de ce, la cauſe de ces Jugements ne ſubſiſtoit plus; la promeſſe étoit préſumée payée. Cette exception n'attaquoit pas les Jugements en eux-mêmes; mais elle en ſuſpendoit & différoit l'exécution.

Quand donc quelques-uns de nos Auteurs diſent que les Jugements des Pays étrangers ne s'exécutent pas en France, & qu'il faut venir par nouvelle action, cela eſt vrai indiſtinctement dans les matieres réelles; cela eſt encore vrai en matiere perſonnelle, quand le François eſt défendeur; qu'il n'a point contracté dans le Pays, ni promis d'y payer, y eût-il même ſubi Juriſdiction volontairement & par hazard; il faut venir par nouvelle action, ſauf à demander l'exécution proviſoire des Jugements, ce qui doit être ordonné par nos Juges; mais quant aux autres Jugements dont nous avons parlé ci-devant, je penſerois qu'ils doivent s'exécuter, ſans nouvelle action, avec un *Paréatis* du grand Sceau.

L'Ordonnance de 1629 porte, à la vérité, *art.* 121, « que les » Jugements rendus ès Royaumes & Souverainetés étrangeres, » pour quelque cauſe que ce ſoit, n'auront aucune exécution » dans le Royaume, & que les Sujets contre leſquels ils auront » été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits, com-

» me entiers, pardevant les Officiers du Royaume; » mais nous avons marqué ci-deſſus ce que l'on devoit penſer de cette Ordonnance.

Au ſurplus, comme la Déclaration du mois d'Avril 1747, rendue au ſujet de la Lorraine, peut donner un grand jour à toutes ces queſtions, nous avons jugé à propos de l'inſérer ici.

*Déclaration du Roi, qui fixe le Tribunal où doivent être diſcutés les biens d'un débiteur par lui poſſédés en même-temps en France & en Lorraine. Donnée à Verſailles, le neuvieme jour d'Avril* 1747.

» Louis, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: » A tous ceux qui ces préſentes Lettres verront, Salut. Par » notre Edit du mois de Juillet 1738, Nous avons ordonné » que les contrats & actes publics paſſés en Lorraine emporteroient hypotheque ſur les terres ſituées dans nos Etats, » & que les Jugements des Tribunaux de ce Pays, ſeroient pareillement exécutés dans l'étendue de notre domination, à » quoi Nous nous étions portés d'autant plus volontiers, que » par un Edit du mois de Juin précédent, notre très-cher Frere » & Beau-pere le Roi de Pologne, Duc de Lorraine, avoit » donné le même privilege aux actes reçus par nos Officiers » publics, & aux Jugements rendus dans nos Tribunaux. Il » ne Nous reſte plus après cela que de pourvoir à un cas qui » n'a été prévu, ni dans l'un, ni dans l'autre Edit; c'eſt celui » où il s'agit de la diſcuſſion des biens d'un débiteur qui poſſede en même-temps des effets mobiliers ou immobiliers, les » uns dans notre Royaume, les autres dans le Duché de Lorraine, Terres & Pays poſſédés en pleine ſouveraineté par » notredit Frere & Beau-pere. Nous avons conſidéré, que, ſi » la diſcuſſion de ces biens ſe faiſoit ſéparément dans chacun » des deux Etats où les biens & effets ſaiſis ſe trouveroient, les » débiteurs & les créanciers ſeroient expoſés à de doubles frais, » à de longs retardements & à des contrariétés de Jugements » ſur les mêmes queſtions. C'eſt pour éviter des inconvénients » ſi préjudiciables aux Sujets des deux dominations que Nous » avons cru, après en être convenu avec le Roi de Pologne, » Duc de Lorraine, qu'il étoit néceſſaire d'établir une regle

» fixe & uniforme, par laquelle la compétence des Tribunaux » de notre Royaume, par rapport aux biens qui seroient saisis » dans les Pays ci-dessus marqués, & celle des Tribunaux des- » dits Pays, par rapport aux biens saisis dans notre Royaume, » seroit toujours également déterminée de part & d'autre. La » plus simple & la plus conforme au Droit commun de toutes » les Nations, est de donner réciproquement la préférence aux » Juges de celui des deux Etats, où le défendeur aura un do- » micile, & cette regle Nous a paru d'autant plus convenable, » que comme le Roi de Pologne, Duc de Lorraine, l'a établie » pareillement en faveur de nos Juges, lorsque le débiteur qui » ayant des biens dans les Pays par lui possédés en pleine souve- » raineté, aura son domicile dans les Pays soumis à notre obéis- » sance, Nous aurons la satisfaction de prévenir tous les dif- » férends qui pourroient naître sur la compétence des Juges en- » tre nos Sujets & ceux du Roi de Pologne. A ces causes, & » autres considérations à ce Nous mouvantes, de l'avis de no- » tre Conseil, & de notre certaine science, pleine puissance » & autorité Royale, Nous avons par la présente Déclaration, » signée de notre main, dit, déclaré & ordonné, disons, dé- » clarons & ordonnons, voulons & Nous plaît ce qui suit :

ARTICLE PREMIER.

» Voulons que notre Edit du mois de Juillet 1738, soit » exécuté, selon sa forme & teneur ; ce faisant, que lorsque » la discussion des effets d'un débiteur domicilié dans le Du- » ché de Lorraine, Terres & Pays possédés en pleine souverai- » neté par notredit Frere & Beau-pere le Roi de Pologne, Duc » de Lorraine, aura été portée dans un Tribunal desdits Pays, » la partie des biens, meubles ou immeubles qui se trouvera » appartenir au débiteur dans l'étendue de notre domination, » soit discutée dans le même Tribunal, sans que nos Juges » puissent alors en prendre aucune connoissance.

II.

» Ordonnons, conformément audit Edit, que tous les Ju- » gements rendus par les Juges des Pays ci-dessus marqués, en » vertu desquels les biens ou effets du débiteur auront été ou

» pourront

» pourront être ſaiſis, comme auſſi tous les Jugements qui in-
» terviendront dans le cours de la diſcuſſion deſdits biens &
» effets, ſoient mis à exécution dans l'étendue deſdits Etats,
» après avoir préalablement obtenu de Nous les *Pareatis* ſur
» ce néceſſaires.

III.

» Les ſaiſies tant mobiliaires que réelles, Inſtances de pré-
» férence, diſtribution de deniers, baux judiciaires & adju-
» dications par décret ou autrement, & généralement toutes
» les pourſuites qui ſe feront, & toutes les conteſtations qui
» naîtront pour raiſon deſdits biens, meubles ou immeubles,
» étant dans notre Royaume, qui appartiendront à un débi-
» teur domicilié dans les Pays poſſédés en pleine ſouveraineté
» par le Roi de Pologne, Duc de Lorraine, ſeront portées de-
» vant les Juges deſdits Pays qui doivent en connoître, ainſi &
» de la même maniere que ſi leſdits biens, meubles & immeu-
» bles, ſe trouvoient dans l'étendue deſdits Pays, le tout aux
» conditions marquées par les Articles ſuivants.

IV.

» Les ſaiſies tant mobiliaires que réelles, & les Criées des
» biens ſitués dans les Pays de notre obéiſſance, ſeront faites
» par un Huiſſier ou Sergent ayant pouvoir d'exploiter dans le
» lieu où ſe fera la ſaiſie : & en obſervant les formalités preſcri-
» tes par les Ordonnances, Loix & Coutumes qui y ſont obſer-
» vées, ſoit pour les Exploits de ſaiſie réelle, ſoit pour les
» Criées, leſquelles ſeront certifiées par les Juges du lieu où
» les biens ſaiſis ſeront ſitués.

V.

» Leſdites Ordonnances, Loix & Coutumes ſeront pareil-
» lement obſervées dans les Jugements qui ſeront rendus ſur
» le fond des Droits des créanciers & autres, pour ce qui con-
» cerne leſdits biens.

VI.

» Ordonnons en outre, que les Sujets du Roi de Pologne,

» Duc de Lorraine, qui ont leur domicile dans l'étendue des » Pays poſſédés par lui en pleine ſouveraineté, ne pourront » être valablement aſſignés pardevant les Juges de notre Royau- » me, qu'en leurdit domicile, en prenant *Pareatis*, ſans que » les regles établies pour les aſſignations données à des étran- » gers, puiſſent avoir lieu à leur égard, & ſera tout le contenu » en notre préſente Déclaration, exécuté, nonobſtant toutes » Loix, Ordonnances, Coutumes & Uſages à ce contraires, » auxquels Nous avons dérogé & dérogeons par ces préſentes. » Si donnons en Mandement à nos amés & féaux Conſeillers, » les Gens tenants notre Cour de Parlement à Paris, & autres » Officiers & Juſticiers qu'il appartiendra, que ces Préſentes » ils aient à faire regiſtrer, & le contenu en icelles garder & » obſerver, ſelon ſa forme & teneur. Car tel eſt notre plaiſir; » en témoin de quoi Nous avons fait mettre notre Scel à ceſ- » dites Préſentes. Donné à Verſailles, le neuvieme jour d'A- » vril, l'an de grace mil ſept cent quarante-ſept, & de notre » regne le trente-deuxieme. *Signé* LOUIS, *Et plus bas, par » le Roi*, PHÉLYPEAUX, & ſcellée du grand Sceau de cire » jaune.

*Regiſtrée, oui, & ce requérant le Procureur-Général du Roi, pour être exécutée, ſelon ſa forme & teneur, & Copies collationnées envoyées aux Bailliages & Sénéchauſſées du Reſſort, pour y être lues, publiées & regiſtrées : enjoint aux Subſtituts du Procureur-Général du Roi d'y tenir la main, & d'en certifier la Cour dans le mois, ſuivant l'Arrêt de ce jour. A Paris en Parlement, le vingt Avril mil ſept cent quarante-ſept.* Signé, YSABEAU.

## OBSERVATION XXVI.

RODENBURGH dit qu'il eſt dangereux de s'en rapporter aux Arrêtiſtes, qu'ils ſe copient les uns les autres, & qu'ils nous donnent des Arrêts dont ils ne ſavent pas les eſpeces particulieres; que ſouvent même ils prennent le change par rapport à la raiſon de décider.

Ce que notre Auteur dit ici, eſt une plainte qui n'eſt pas nouvelle, & que nous avons ſujet de faire auſſi parmi nous.

Si ceux qui les premiers nous rapportent certains Arrêts, ne les rapportoient qu'après avoir entendu les Plaidoyers des Parties, ou lu leurs Écritures, ou parlé aux Avocats des Parties, ou même qu'après avoir demandé à quelques-uns des Juges le motif de déciſion, ils ne ſeroient pas expoſés à ſe tromper ſi ſouvent, & à tromper les autres; mais ils négligent ces précautions, & ils s'en rapportent ſouvent au témoignage d'autrui, qui n'eſt auſſi quelquefois fondé que ſur un premier bruit qui ſe répand au Palais. Ces Arrêts ainſi cités dans un Livre, acquierent une ſorte de confiance; ils paſſent de l'un à l'autre, & l'erreur ſe perpétue. *Sed hoc eis præſidium defuiſſe confiteri cogimur, quod nec jus ſuffragii in auditoriis cauſarum habuerint, nec aditus ad intima conſilii iis patuerit, undè nec certum reddere lectorem ſuum potuerunt, quâ ratione, & fundamento res quæque pridem judicata ſit, cùm id variè fieri potuerit, ſed dubiis conjecturis, aut ut ſummùm probabilibus, contentos eos eſſe oportuit.* Stockmans, *in proem. deciſ. Brabant.*

C'eſt ce qui a fait dire à Hévin, ſur la Coutume de Bretagne, *chap.* 127, que ſa Province étant celle où il y avoit, de ſon temps, le moins d'Auteurs qui euſſent pris ſoin d'avertir le public des difficultés ſurvenues ſur la Coutume, & des déciſions qu'elles ont reçues, elle ſeroit obligée à celui de Meſſieurs du Parlement qui, à l'exemple de Meſſieurs Louet, le Prêtre, & autres, auroit agréable de donner au Public un Recueil d'Arrêts: car les motifs ne pouvant être parfaitement connus que par ceux mêmes qui y ont opiné, tous autres qui entreprennent ce travail, ne peuvent s'en acquitter avec le même ſuccès; les lumieres réfléchies n'ayant pas la même force que les rayons qui viennent directement de la ſource.

M. François de Launay, Profeſſeur Royal du Droit François, en ſa Préface de ſon Commentaire ſur les Inſtitutes Coutumieres de M. Antoine Loiſel, *pag.* 83, cite quatre exemples qui font preuve de l'erreur des Arrêtiſtes.

En voici un autre pris dans la grande affaire de la Maiſon de Condé & de Conti, au ſujet du teſtament de feu M. le Prince, & ſur la queſtion de la compatibilité, ou incompatiblité des qualités de principal héritier déclaré, de donataire particulier, & de légataire univerſel en la même perſonne. On avoit, dans cette conteſtation, rapporté un Arrêt d'après Chopin, ſur la Coutume d'Anjou, *liv.* 2, *part.* 3, *chap.* 1, *tit.* 3, *n.* 20, qui avoit, ſelon cet Auteur, jugé que dans la Coutume de Péronne, le fils aîné déclaré principal héritier dans ſon contrat de mariage, venant à mourir avant ſon pere, tranſmettoit à ſes filles ſes portions avantageuſes, & que nonobſtant la diſpoſition des *Articles* 191 & 192 de cette Coutume, les petites-filles pouvoient, au préjudice de leurs oncles, prendre le droit d'aîneſſe en vertu de la déclaration de fils aîné, & principal héritier, faite au profit de leur pere, par ſon contrat de mariage.

Chopin dit d'abord, ſur cette queſtion, que l'avis commun eſt qu'on doit entendre la clauſe du contrat, ſuivant la Loi de la Province; c'eſt-à-dire, que ſi le fils aîné, déclaré principal héritier, ſurvit à ſon pere, il tranſportera même à ſes filles tout ce qui compoſe ſon droit d'aîneſſe; mais que s'il meurt auparavant lui, il faut diſtinguer, avec la Coutume, s'il laiſſe des enfants mâles, ou s'il ne laiſſe que des filles.

Dans le premier cas, le petit-fils aura, dans la ſucceſſion de ſon aïeul, tout ce que ſon pere avoit droit d'y prendre; ſi au contraire il ne laiſſe que des filles, elles n'auront, ſuivant cette même Coutume, avec leurs oncles, que le tiers dans les quatre quints des Fiefs, leſquels quatre quints étoient la portion qui auroit appartenu à leur pere, s'il eût ſurvécu leur aïeul. Chopin fait entendre que l'on avoit jugé par un Arrêt ſolemnel du 27 Janvier 1601, rendu au rapport de M. Molé, au profit de Suſanne de Gouy, qu'en conſéquence de la déclaration de fils aîné, & de principal héritier, faite dans le contrat de mariage du pere, on avoit conſervé à la petite-fille, dans la ſucceſſion de l'aïeul, le droit d'aîneſſe de ſon pere prédécédé, & cela contre ſes oncles.

Cet Arrêt fut levé au Greffe dans l'affaire des Princes &

Princeſſes, & l'on reconnut qu'il avoit jugé préciſément le contraire, l'Arrêt n'adjugeant à Suſanne de Gouy, que le tiers des quatre quints des Fiefs qui euſſent appartenu à ſon pere, s'il eût ſurvécu l'aïeul. C'eſt la même portion qu'elle auroit eu dans la ſucceſſion de ſon aïeul, en vertu de la Coutume, quand même ſon pere n'auroit pas été marié, comme fils aîné, & principal héritier.

Chopin étoit un homme très-ſavant, mais un peu trop crédule ſur le fait des Arrêts. *Fuit equidem tantus vir plus æquo credulus, & in hoc* (c'étoit à l'occaſion d'un Arrêt qu'il avoit cité, & qui ne s'étoit pas trouvé conforme) *& in aliis plurimis, ut ſæpè ex actis Curiæ ad ſimilia animadverſum eſt.* Morn. ff. de minor. L. 24.

Chopin, dans le même endroit, obſerve que la déclaration d'héritier emporte, ſelon les différentes Coutumes, des effets différents, & il décide que pareille déclaration aura l'effet que chacune des Coutumes de la ſituation lui donnera; qu'en Anjou elle emportera interdiction de diſpoſer de ſes biens, & ailleurs une ſimple prohibition de donner, ou léguer aux autres enfants.

Voici encore un exemple du peu de fidélité de nos Arrêtiſtes. On trouve au troiſieme tome du Journal des Audiences, *chap.* 25, un Arrêt daté du premier Avril 1667, avec le titre ſuivant: *clauſe de franc & quitte, miſe par une mere dans le contrat de mariage d'un de ſes enfants*, ſi elle donne ſeulement une action à la femme, pour aſſurance de ſes conventions matrimoniales, ou ſi en vertu de cette clauſe, la mere a pu être contrainte de payer tous les créanciers de ſon fils, juſqu'au jour du mariage.

L'Arrêtiſte, & après lui les Auteurs des Notes ſur Dupleſſis, l'Annotateur ſur Argou, le nouveau Dictionnaire Civil & Canonique de Droit & de Pratique, Brillon, en ſon Dict. *verbo, franc & quitte, &c.* nous rapportent cet Arrêt, comme ayant jugé que la clauſe de *franc & quitte*, miſe par une mere dans le contrat de mariage de ſon fils, donne, à la vérité, une aſſurance à ſa bru pour ſes conventions matrimoniales; mais que les créanciers du fils, antérieurs au contrat de mariage, n'ont pas droit, comme exerçant ſes actions, de s'adreſſer à elle pour l'obliger de les payer.

Cet Arrêt ainſi rapporté, comme ayant jugé une queſtion

auſſi importante, n'eſt cependant qu'un appointement au Conſeil qui, par conſéquent, ne juge rien. L'Arrêt définitif n'eſt que du premier Juin 1668, au rapport de M. Roujault, Conſeiller, & il juge bien différemment de ce que marque l'Arrêtiſte : car il juge que la mere qui a certifié ſon fils *franc & quitte* de toutes dettes, étoit tenue non-ſeulement de garantir toutes les conventions matrimoniales de ſa bru, mais même d'acquitter toutes les dettes de ſon fils, antérieures au contrat de mariage. Cette certification de *franc & quitte*, équipolant à une donation, obligation & *expromiſſion*. Comme l'eſpece eſt tranſcrite dans l'Arrêtiſte, on ſe contentera de rapporter ici le diſpoſitif de l'Arrêt, tel que défunt M. Saviard notre Confrere, & Lieutenant Général du Bailliage du Palais, l'a fait lever au Greffe.

»Ladite Cour faiſant droit ſur le tout, en tant que touche » leſdites appellations dudit Baudelot, ſans s'arrêter quant à » préſent à la Requête dudit Izabel, a mis & met les appella- » tions au néant. Ordonne que ce dont a été appellé ſortira » effet, & condamne ledit appellant en l'amende de 12 livres, » & ès dépens de la cauſe d'appel. Condamne la dame Hallié à » acquitter ledit Baudelot ſon fils, de toutes les dettes hypo- » thécaires par lui créées avant ſon contrat de mariage avec la » dame Capon, du 11 Janvier 1666, à la réſerve des 11000 li- » vres, portant intérêt au denier 24, réſervé par la dame Hal- » lié par ledit contrat, en conſéquence d'apporter les mains » levées des ſaiſies & oppoſitions faites ſur ledit Baudelot, » pour raiſon deſdites dettes, & ce, dans trois mois, à compter » du jour que ledit Baudelot & la dame Capon, ſa femme, en » auront donné le Mémoire, pendant lequel temps ſera ſurſis » à la vente & adjudication dudit office de Commiſſaire, & » autres biens ſaiſis ſur ledit Baudelot. Déboute ledit Didier » de ſes demandes, fins & concluſions priſes contre la dame » Hallié, le condamne aux dépens envers elle, & la dame Hal- » lié envers Marie Capon & ledit Nicolas Capon.

Cet Arrêt n'eſt pas dans le regiſtre, mais parmi les minutes, dont celle-ci même étoit égarée ; nous en devons la découverte aux recherches perſévérantes & zélées de M. Saviard. Il vient d'en être rendu un autre dans une eſpece aſſez ſemblable, le Jeudi, 3 Juin 1745, ſur les concluſions de M. Joly de Fleury pere, lors Procureur-Général, portant la parole pour l'abſence de Meſſieurs les Avocats-Généraux, étant à Liſle,

pour complimenter le Roi au ſujet du gain de la Bataille de Fontenoy. Cet Arrêt, qui eſt entiérement dans l'eſprit de celui de 1668, eſt rendu au profit de Marie-Louiſe Julienne, épouſe, ſéparée par Juſtice de Jean-Antoine de la Grange, ancien Exempt de la Maréchauſſée. En voici l'eſpece.

La veuve la Grange, qui avoit pour Avocat M. Simon de Mozard, en mariant Jean-Antoine de la Grange, ſon fils, avec Marie-Louiſe Julienne, partie de M. du Vaudier, avoit certifié qu'il ne devoit rien ſur ſa Charge d'Exempt de la Maréchauſſée. Cependant ce fils, partie de M. Caillau, avoit pour créancier ſur ſa charge, le nommé du Coudray, partie de M. Guerton, & ſa mere y étoit même obligée ſolidairement. Il devoit encore à ſa mere 85 livres de rente, pour raiſon d'une ſomme qu'elle lui avoit prêtée pour frais de nomination, proviſions & inſtallation en ladite charge.

Du Coudray, créancier, avoit pourſuivi Jean-Antoine de la Grange fils : la femme de celui-ci étoit intervenue, & tant elle que ſon mari avoient demandé que leur mere & belle-mere fût tenue de les acquitter des demandes de du Coudray, même qu'elle fût tenue de donner quittance deſdites 85 livres de rente à elle dues par ſon fils, & main levée des ſaiſies qu'elle avoit faites pour raiſon de ladite rente.

Sur quoi intervint l'Arrêt ci-deſſus, qui condamna la mere à acquitter ſon fils. On verra ci-après le diſpoſitif de cet Arrêt.

J'obſerverai néanmoins que cet Arrêt eſt dans une eſpece moins difficile que celle jugée par l'Arrêt de 1668 : la mere ſavoit que ſon fils devoit ſur ſa charge, elle étoit obligée à cette dette ſolidairement avec lui, & elle-même étoit créanciere de ſon fils à l'occaſion de cette même charge, & elle certifie cependant qu'il ne doit rien, notamment ſur ſa charge. Il y a du dol dans ce procédé.

On a diſtribué au Palais un Arrêt de la quatrieme Chambre des Enquêtes, du 26 Août 1706, qui, ſuivant le titre que lui donne l'Avocat même qui avoit travaillé dans cette affaire, juge que le paiement fait par un Fidéjuſſeur, quoique contraint, ne lui acquiert pas de droit la ſubrogation aux actions, & droits du créancier principal contre d'autres cautions, ſans ſtipulation & ſubrogation expreſſes; mais cet Arrêt ne juge pas cette theſe générale, il juge ſeulement qu'un Fidéjuſſeur, qui, quoique contraint, n'a pas ſtipulé de ſubrogation, n'eſt

pas de Droit ſubrogé contre ceux qui par des actes diſtincts & ſéparés, s'étoient rendus cautions du même débiteur.

Suivant le titre de l'Arrêt, il n'y a pas de ſubrogation de Droit au profit d'une caution contre quelques autres cautions que ce ſoit, & ſuivant le véritable jugé de l'Arrêt, il n'y a pas de ſubrogation de Droit, au profit d'une caution, contre d'autres cautions qui ne ſont point cofidéjuſſeurs avec lui, & cette derniere eſpece differe *toto cœlo* de la premiere. Voici le fait tel qu'il eſt enſuite de l'imprimé de l'Arrêt.

Le 14 Janvier 1689, Henri Bezard, Marchand de Bois, ſe rendit adjudicataire d'une coupe de bois de la Forêt de Fontainebleau moyennant 81000 livres; il préſenta pour caution Jean le Bague, maître des Coches de Fontainebleau, & pour certificateurs le nommé Jourdain & Huault, Marchands de Bois.

Bezard ayant négligé de payer le prix de ſon adjudication dans les termes convenus, le ſieur Amelon, Receveur-Général des bois du Roi, fit d'abord quelques pourſuites contre lui, & ne pouvant en tirer paiement, il revint contre le Bague, ſa caution, qu'il fit conſtituer priſonnier dans les priſons de ſaint Martin-des-Champs.

Le ſieur le Bague, dont la captivité interrompoit le commerce, préſenta Requête aux Eaux & Forêts, où les conteſtations des parties étoient pendantes, afin d'élargiſſement de ſa perſonne, ſous le cautionnement de la Demoiſelle Petit ſa femme, & obtint cet élargiſſement ſous cette condition; de ſorte que la Demoiſelle ſa femme ayant fait ſa ſoumiſſion au Greffe des Eaux & Forêts en la maniere ordinaire, il ſortit des priſons.

Depuis cet élargiſſement, le ſieur Amelon ſuſpendit ſes pourſuites contre le Bague, & il s'adreſſa aux nommés Jourdain & Huault, Certificateurs, contre leſquels ayant obtenu Sentence de condamnation par corps, Jourdain & Huault pour empêcher l'empriſonnement de leurs perſonnes, payerent au ſieur Amelon 16817 livres 15 ſols, à quoi ils avoient été condamnés par corps, par Sentence des Eaux & Forêts.

Mais une circonſtance qu'il eſt important d'obſerver, c'eſt que Jourdain & Huault contents de réſerver à ſe pourvoir contre le Bague ſeul, ils ne requirent, ni ne ſtipulerent lors de ce paiement aucune ſubrogation aux Droits & actions que le ſieur Amelon pouvoit avoir contre la Demoiſelle le Bague.

Cependant

Cependant ils s'aviſerent quelque temps après ce paiement de former demande contre la Demoiſelle le Bague, à ce qu'elle fût tenue de réintégrer ſon mari dans les priſons de ſaint Martin-des-Champs, conformément à ſon cautionnement, & à la ſoumiſſion par elle faite au Greffe des Eaux & Forêts, de repréſenter ſon mari toutesfois & quantes par Juſtice ſeroit ordonné, ſinon condamnée de leur payer & rembourſer les 16817 livres 15 ſols, par eux payées au ſieur Amelon.

Cette demande qui avoit d'abord été portée au Parlement, fut renvoyée aux Eaux & Forêts, où ayant été appointée & diſtribuée au ſieur de la Vaigne, Lieutenant-Général, Sentence eſt intervenue le 12 Février 1706, par laquelle la Demoiſelle le Bague a été condamnée à réintégrer ſon mari dans les priſons de ſaint Martin-des-Champs dans un mois, à compter du jour de la ſignification de la Sentence, ſinon qu'elle ſera contrainte par ſaiſie, & vente de ſes biens, meubles & immeubles, au paiement de la ſomme de 16817 livres 15 ſols, dont eſt queſtion.

Suivant l'expoſition de ce fait, il eſt certain que Jourdain & Huault ne s'étoient pas obligés conjointement avec la Demoiſelle le Bague.

La Demoiſelle le Bague ne s'étoit rendue caution que de ſon mari poſtérieurement, & par un acte ſéparé du cautionnement fait par les ſieurs Jourdain & Huault; ainſi ils ne pouvoient pas dire qu'ils ne s'étoient obligés que dans l'eſpérance de communiquer avec elle la perte qui pouvoit arriver. Dans cette eſpece, il eſt de principe que Jourdain & Huault ne pouvoient avoir d'action contre la Demoiſelle le Bague, qu'en acquérant les actions du créancier, qui auroit pu même ne les leur pas céder contre la Demoiſelle le Bague, *quia hæ poſtea quæſitæ ſunt*, & que leſdits Jourdain & Huault, *non earum contemplatione fidejuſſores interceſſerant.* Auſſi par l'Arrêt ci-deſſus daté, & qui ſe trouve préſentement rapporté, *tom.* 5, *pag.* 666, *de la nouvelle Edition du Journal des Audiences*, la Sentence fut infirmée, & la Demoiſelle Petit, femme le Bague, fut déchargée : voyez du Molin, 1ª. *lect. dolanâ. n.* 35, & Baſnage, Traité des Hypotheques, *ch.* 6, *part.* 2.

On voit donc avec quelle ſobriété il faut citer les Arrêts. M. le Procureur-Général veille aujourd'hui plus que jamais à empêcher que le Public & le Barreau ne prennent par des Ar-

rêts mal intitulés & mal à propos diſtribués, de fauſſes idées de Juriſprudence, dont les parties ſont toujours la victime. C'eſt ce qui a donné lieu à l'Arrêt de Réglement, du 30 Juin 1729, qui ne fait que renouveller les anciennes défenſes portées par deux autres Arrêts, des 14 Janvier 1690 & 4 Mai 1717, d'imprimer les Arrêts ſans permiſſion.

Il a paru depuis quelques années un nouveau Livre intitulé, Arrêts & Réglements notables du Parlement de Paris, par M. Nicolas Guy du Rouſſeau de la Combe. Ces Arrêts ſont rendus ſous nos yeux pour ainſi dire : les Mémoires ſur leſquels ils ſont intervenus, ſont dans les mains de tout le monde : on eſt en état de ſavoir par ſoi-même, & la vérité des faits, & les différents moyens des parties, & de voir que l'Auteur les a recueillis avec exactitude & capacité : quand les Arrêts ont eu quelques motifs particuliers, l'Auteur a pris ſoin de nous en faire part. Il a travaillé ſous les yeux d'un pere dont le mérite étoit ancien : nous l'avons perdu avec douleur, cependant, malgré l'exactitude de l'Auteur, j'ai eu occaſion de parler, Obſervation précédente, d'un Arrêt qu'il a mal rapporté, & qui fait voir que les Arreſtographes les plus exacts ſont expoſés quelquefois à ſe tromper.

Voici l'Arrêt du 3 Juin 1745, dont il eſt parlé ci-devant.

» Après que Caillau, Avocat d'Antoine la Grange, Simon, » Avocat de Marguerite Viet, veuve la Grange, Guerton, » Avocat de du Coudray, & du Vaudier, Avocat de Marie-» Louiſe Julienne, ont été ouïs pendant deux Audiences, en-» ſemble notre Procureur-Général, notredite Cour reçoit la » partie de Caillau, oppoſante à l'Arrêt par défaut, au princi-» pal, en tant que touche l'appel interjetté par les parties de » Caillau & de du Vaudier, contre la partie de Guerton, ſans » s'arrêter aux chefs de la Requête à cet égard, a mis & met » l'appellation au néant, ordonne que ce dont eſt appel ſortira » ſon plein & entier effet ; condamne les parties de Caillau & » de du Vaudier, en l'amende de 12 livres ; en tant que tou-» che l'appel interjetté par la partie de du Vaudier, enſemble » l'appel de la partie de Caillau, contre la partie de Simon, » ayant égard à la Requête de la partie de du Vaudier, & au » ſurplus de la Requête de la partie de Caillau, ſans s'arrêter à » celle de la partie de Simon, a mis & met l'appellation, & ce » dont eſt appel au néant, émandant fait main-levée pure &

» ſimple des ſaiſies à la Requête de la partie de Simon. Con-
» damne ladite partie de Simon, d'acquitter, garantir &
» indemniſer les parties de Caillau & de du Vaudier, des
» cauſes des ſaiſies faites à la Requête de la partie de Guer-
» ton, même de rembourſer ce qui eſt dû à la partie de Guer-
» ton en principal, arrérages, frais & dépens, ſi mieux n'aime
» lui apporter la décharge de ladite partie de Guerton. Con-
» damne pareillement ladite partie de Simon, d'indemniſer
» les parties de Caillau & de du Vaudier, du contrat de la
» ſomme de 1700 livres & arrérages, & à reſtituer les arrérages
» que ladite partie de Caillau a payés depuis ſon contrat de ma-
» riage, tant du contrat de 1700 livres, que d'un autre con-
» trat de 6000 livres, enſemble les dépens, frais & miſes
» d'exécution, contre la partie de Caillau; aux dépens envers
» la partie de Guerton, même en ceux faits par la partie de
» Guerton, contre celle de du Vaudier & de Simon, tant en
» demandant, défendant, que des ſommations & dénoncia-
» tions, tous autres dépens entre les parties de Simon, Cail-
» lau & de du Vaudier compenſés. Si mandons, &c. Donné en
» notre Cour de Parlement, le 3 Juin l'an de grace 1745, &
» de notre regne le 30, collationné, *ſigné* BAILLIF, par la
» Chambre, *ſigné* DU FRANC.

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

## CHAPITRE V.*

### *Des Statuts réels qui reglent la ſubſtance de l'Acte, ou de la diſpoſition.*

### SOMMAIRE.

I. *Le Statut qui défend au conjoint de donner, ou léguer à ſon conjoint, eſt réel, de ſorte qu'il n'eſt pas permis à des conjoints Hollandois de ſe faire mutuellement aucune libéralité des biens ſitués à Utrecht.*

II. *Des conjoints, au contraire, de la Province d'Utrecht, peuvent valablement ſe laiſſer, l'un & l'autre, les biens qui ſont ſitués en Hollande.*

III. *On ne dira pas la même choſe des biens ſitués dans la Province de Gueldre, où il eſt défendu de teſter des biens allodiaux dont on a la pleine propriété.*

IV. *Mais les Habitants de la Province de Gueldre teſteront valablement des biens ſitués parmi nous.*

V. *Le Statut qui, dans ſa diſpoſition prohibitive, embraſſe expreſſément tous les biens, même ceux ſitués en quelque endroit que ce puiſſe être, ne fait pas Loi pour les biens ſitués hors le lieu du Statut où la Loi eſt permiſſive; mais il engendre une action perſonnelle en faveur de l'héritier qui a intérêt que le legs n'eût pas été fait, & cette action eſt à l'effet d'obtenir l'eſtimation de la choſe léguée, dont il eſt privé par le moyen du legs.*

VI. *Mais que décidera-t-on, ſi le Statut de la ſituation des biens eſt négatif de la diſpoſition faite par les conjoints?*

VII. *Si quelqu'un, parmi nous, teſte à l'âge de 14 ans, ſa diſpoſition ſera-t-elle inutile par rapport aux biens ſitués à Malines & ailleurs, où pour teſter il faut un âge plus avancé?*

VIII. *Le lieu où le teſtament eſt fait, peut-il changer la déciſion, Si, par exemple, un homme d'Utrecht diſpoſoit, dans la Province de Gueldre, des biens ſitués à Utrecht, ou ſi l'homme de Gueldre diſpoſoit à Utrecht des biens de ſa*

*Province, ou encore ſi un des nôtres faiſoit en Hollande une libéralité à ſon conjoint des biens ſitués à Utrecht, & de l'eſpece contraire?*

IX. *Un homme d'Utrecht n'ayant point d'enfants de ſa femme, ou celui d'Amerfort qui en a de la ſienne, pourront-ils valablement aliéner, ſans le conſentement de leurs femmes, les biens qu'ils auront en Hollande, où la Loi n'exige pas le conſentement de la femme pour la validité de l'aliénation?*

X. *Sous ce nombre X, on traite du pouvoir d'un mari de notre Province d'Utrecht, par rapport au droit de vendre & d'aliéner les immeubles, & même de les diſſiper.*

XI. *Et en outre de l'effet de l'hypotheque conſtituée, ſans le conſentement de la femme, par un mari qui n'a point d'enfants.*

XII. *De l'effet de la Communauté d'entre conjoints, par rapport aux biens qui ſont ſitués hors du domicile matrimonial.*

XIII. *La communauté conventionnelle d'entre conjoints, s'étend-elle à des biens ſitués dans des endroits, où la communauté n'a pas lieu?*

XIV. *De quelle nature & de quel effet eſt la communauté légale d'entre conjoints?*

XV. *Si dans le lieu où le mariage a été contracté, la communauté d'entre conjoints n'a pas lieu, les biens ſitués, même en Pays de communauté, ne ſeront pas communs; que faut-il néanmoins décider pour le cas où l'on ſtipuleroit expreſſément une communauté?*

XVI. *Pour régler les conteſtations d'entre différents créanciers, ſur la priorité, quelle eſt la Loi qu'il faut ſuivre, & duquel lieu l'empruntera-t-on?*

XVII. *Quelle ſera la Loi qui régira les Fiefs? Sera-ce la Loi du Fief ſervant, ou du Fief dominant?*

TOUT ce qui eſt contenu dans le Chapitre précédent, ne regarde que la ſolemnité de l'Acte, & peut-être avons-nous été plus longs que n'exige le petit Traité que nous nous ſommes propoſé; mais il faut que les Etrangers qui ne connoiſſent que le nom de nos Lettres d'Octroi neceſſaires pour teſter parmi nous, me pardonnent néanmoins ſi, en

faveur de mes Compatriotes, je me ſuis un peu trop amplement étendu ſur cette matiere. Traitons enfin les queſtions qui regardent la propre ſubſtance de l'acte, ou les choſes dont il a été diſpoſé. Les Statuts ſuivants pourront ſervir d'exemples.

*Le conjoint ne peut rien donner en propriété à ſon conjoint, ſoit par diſpoſition entre vifs, ſoit par teſtament, & c'eſt ce qui s'obſerve à Utrecht.*

*Perſonne ne peut diſpoſer, par teſtament, des fonds dont il a la pleine propriété. C'eſt une Loi de Gueldre.*

*Le mari qui n'a point d'enfants, ne ſauroit aliéner aucuns immeubles, ſans le conſentement de ſa femme. C'eſt une Loi de notre Province.*

*Le mari ne le pourra même, ayant enfants. C'eſt ce qui s'obſerve à Amerfort.*

*L'homme qui a dix-huit ans accomplis, ne peut pas aliéner ſes immeubles avant l'âge de vingt ans, & telle eſt notre Loi municipale.*

I. Je vais examiner chacun de ces Statuts ſéparément; & d'abord, quant au premier, des Auteurs en grand nombre en ont traité; mais ils ont penſé tous différemment: les uns ont ſoutenu que la prohibition de s'avantager entre conjoints, étoit pure réelle, & ne s'étendoit pas au-delà du lieu où le Statut eſt en vigueur; & les autres, au contraire, qu'elle étoit perſonnelle; le procès célebre qui a été, derniérement, décidé chez nous en premiere inſtance, m'a donné occaſion d'approfondir cette queſtion. Diéménus, Gouverneur de l'Inde Orientale, qui eſt ſous la domination des Provinces-Unies, étant mort dans la Citadelle de Batavia, après avoir inſtitué ſa femme héritiere de tous ſes biens, diſpoſition qui renfermoit conſéquemment les biens mêmes qu'il avoit dans la Province d'Utrecht, il s'éleva la queſtion de ſavoir ſi nos Loix ne permettant pas aux conjoints de s'avantager autrement que par don mutuel, & en uſufruit, les biens ſitués dans notre Province, appartiendroient *ab inteſtat* aux plus proches parents du teſtateur, ou à la veuve héritiere inſtituée. La cauſe ayant été portée au Tribunal de la Réviſion, comme on parle chez nous, il fut ordonné qu'un grand nombre de Magiſtrats ſeroient mandés pour examiner le bien, ou le mal jugé de la Sentence, & former une déciſion irrévocable.

On agita très-amplement la queſtion, *ſi notre Statut étoit per-*

*ſonnel, ou s'il étoit réel.* Voyons un peu ce que l'on peut alléguer de part & d'autre; chaque ſentiment a ſes défenſeurs. Voici pluſieurs de ceux qui veulent que le Statut ſoit perſonnel, & qu'il n'oblige par conſéquent pas ceux qui ne ſont pas domiciliés chez nous. Théſaurus *queſt. for. l.* 2, *queſt.* 4, *n.* 5; Merlin. *de legitim. lib.* 3, *tit.* 1, *quæſt.* 19, *n.* 14, *verſic. Jaſon tamen;* Coras, *de arte juris, part.* 3, *cap.* 13; Radelant. notre compatriote, *deciſ.* 126, *n.* 12; Carpan. *ad Stat. Mediolan. caput* 295, *n.* 16, 17, 18; Piſ. *Variar. réſol. lib.* 1, *cap.* 1, *n.* 17; Pingizer, *quæſt.* 29, *n.* 49, 51, 52, 55; & voici les raiſons ſur leſquelles ils appuient leurs ſentiments. 1°. Que tout Statut, ou Coutume qui preſcrit une regle pour quelque acte qui eſt à faire par la perſonne, en ſorte que l'on ne puiſſe enfreindre le Statut, qu'autant que la perſonne agit, ce Statut dès-lors, ou cette Coutume eſt perſonnelle & non réelle; qu'une Loi faite pour un certain genre de perſonnes, & fondée ſur l'état conjugal qui eſt une qualité toute perſonnelle, eſt impoſée aux perſonnes, & non aux choſes; que la raiſon de la Loi qui défendoit, chez les Romains, aux conjoints les donations entre vifs, eſt la même parmi nous; c'eſt à ſavoir d'empêcher que l'amour conjugal ne devînt vénal entre eux; en ſorte que cette Loi n'a eu pour objet que l'utilité & la tranquillité des familles.

Mais en quoi ceux d'Utrecht ſont-ils intéreſſés dans les déſordres qui peuvent ſurvenir dans les familles Hollandoiſes? & tels ſont les arguments dont on ſe ſert pour prouver que le Statut eſt perſonnel, & par conſéquent ne concerne pas les Etrangers; mais l'avis contraire eſt appuyé ſur des raiſons bien plus ſolides, & a mérité le ſuffrage du plus grand nombre, & même d'Auteurs très-reſpectables. Argent. *ad conſ. Brit. ad art.* 218, *gloſſ.* 6, *n.* 29; Burgund. *ad conſ. Fland. tract.* 1, *n.* 36 & 41; Mol. *ad L.* 1, *C. de ſumm. Trin.* Daſſel. *ad conſ. Luneburg. cap.* 8, *n.* 20, 21 & 22; Peck. *de teſt. conj. lib.* 4, *cap.* 28, *n.* 6 & 7; Cuyck. *ad conſil. Cravettæ.* 844; Chæval. *quæſt.* 724; Bouvot, *quæſt. not. in verſic.* inſtitut. d'héritier, *quæſt.* 3; Chriſt. *ad Leges Mechlinienſ. tit.* 17, *art.* 3, *n.* 4. Le Conſeil de Flandres, ainſi que le rapporte Chaſſ. qui eſt d'avis contraire, *ad conſ. Burgund. rub.* 4, §. 7, *verb. per teſtament. n.* 12; & cet avis eſt ſoutenu par ce raiſonnement qui eſt que pour qu'un Statut ſoit perſonnel, il ne faut pas conſidérer la raiſon qui a pu mouvoir le Légiſlateur à le faire, ni pour quelles perſonnes,

& en vue de quelles personnes il a été fait; mais il faut se fixer à considérer ce qui est défendu, & la qualité de la chose défendue, de maniere que si ce qui est défendu, est réel, telle qu'est l'aliénation des biens entre conjoints, le Statut soit réel, en sorte que le Statut prendra sa dénomination de l'objet & de la chose pour laquelle le pouvoir d'agir a été accordé, ou refusé à la personne; c'est pourquoi c'est une regle infaillible dans l'usage & dans la pratique journaliere, que lorsqu'il s'agit de biens immeubles, & que les biens sont situés en différents endroits, il faut considérer quelles sont les dispositions des Loix où les biens sont situés, & qu'il n'y a que les Loix seules du lieu qui puissent avoir autorité sur ces biens.

D'Argentré a fort bien établi ce point de droit sur l'*article* 218, *gloss.* 6, *n.* 2; & Frédéric à Sandé *tract.* 1, *tit.* 3, *C.* 2, §. 4, *n.* 9, aussi-bien que Goris. dans ses Controverses, *tract.* 1, *cap.* 16, *n.* 12; & si dans le Statut il est fait mention du mari & de la femme, ce n'est pas pour rendre ce Statut personnel, mais pour marquer de quel genre de personnes ce Statut a voulu parler, par argument de la Loi 7 *de pactis*, de sorte que l'objection qui consiste à dire que la prohibition faite aux conjoints de s'avantager, n'avoit été introduite que dans la crainte de troubler la tranquillité des mariages, ne doit embarrasser personne. Accordons en effet que ce soit la qualité de conjoint qui ait donné lieu à la Loi. N'allez pas en conclure que la Loi est personnelle; il faut bien distinguer entre la raison de la disposition & la disposition même: car la Loi ne cesse pas d'être réelle, encore qu'elle ait eu la personne mariée pour objet; mais ce n'est pas tant la qualité de conjoint que le Statut a eu en vue, que l'avantage des héritiers légitimes, dans la crainte que les conjoints, par des libéralités immenses qu'ils se feroient, ne dérangeassent l'ordre ordinaire de leurs successions, & c'est ce que prouve Chassanée. *D.* §. 7, *verbo donationis*, *n.* 3; Peck. *de test. conjug. lib.* 4, *cap.* 1, *n.* 5; Argentré, *ad const. Brit. D. loc. n.* 29; Burgund. *dict. tract.* §. 44, *in proloquio*, *n.* 8; & si vous y faites bien réflexion, vous verrez que telle est, sans difficulté, l'objet de la défense qui a lieu parmi nous.

En effet, nous autorisons la donation réciproque entre conjoints, pourvu qu'elle ne soit qu'en usufruit, & nous l'autorisons même entre ceux dont les biens & l'âge sont fort dissemblables,

blables; elle vaut même faite à celui qui ſe porte bien, par celui qui eſt moribond, encore que cet état de mort prochaine puiſſe être une occaſion de ſurprendre un véritable avantage; au lieu que la prohibition qui avoit lieu chez les Romains, entre conjoints, excluoit entre eux toute voie inégale de s'avantager entre vifs. Or ſi toutes les Loix qui reglent les droits des ſucceſſions *ab inteſtat*, ſont toutes en faveur des héritiers du ſang, perſonne ne s'aviſera de ſoutenir qu'elles ſont perſonnelles, & d'ailleurs il y a une raiſon déciſive pour dire que le Statut qui défend, entre conjoints, les donations, eſt réel.

Quoi! le Citoyen d'Utrecht marié ne pourra pas diſpoſer en faveur de ſon conjoint, des biens qu'il aura à Utrecht, & un Etranger le pourra? Ce dernier ſe trouvera, par rapport aux biens d'Utrecht, de meilleure condition que le naturel du Pays? Ce dernier avis emporta tous les ſuffrages dans la cauſe de Diéménus, dont nous avons parlé ci-devant.

II. Ce que nous venons de dire, décide la queſtion que l'on place dans le cas contraire au précédent; ſavoir, que celui qui eſt de la Province d'Utrecht, pourra valablement laiſſer à ſa femme les biens qui lui appartiennent en Hollande: car la prohibition qui a lieu à Utrecht, étant toute réelle, ne peut avoir lieu hors cette Province, & par conſéquent ne ſauroit faire Loi pour les biens ſitués en Hollande.

Nous avons montré ci-devant que c'eſt avec grande ſageſſe que l'on a admis pour principe, que lorſqu'un Statut affecte & détermine l'état & la condition d'une perſonne, ſes biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, étoient par conſéquence ſeulement aſſujettis à ce Statut, à l'effet que la perſonne ne pût les aliéner, qu'autant que ſon état le lui permet; nous diſons *par conſéquence ſeulement*: car ſi nous diſions que c'eſt *directement* qu'un pareil Statut affecte & dirige les biens, & qu'il veut qu'un fonds qui ne lui eſt pas ſoumis, ne puiſſe pas être aliéné à certaines perſonnes, ce ſeroit admettre qu'un Statut a droit d'ordonner & de faire des Loix qui aient lieu au-delà de ſon territoire, & il n'en eſt aucun qui ait ce pouvoir & cette autorité.

En effet, puiſque nos Statuts ſont exécutés pour les biens qui ſont ſitués dans notre Province, encore qu'ils appartiennent à des Hollandois, comme nous avons remarqué ci-devant qu'il avoit été jugé, n'eſt-il pas juſte que réciproquement les

biens ſitués en Hollande, appartenants à ceux d'Utrecht, ſoient aſſujettis aux Loix de Hollande ? & j'ai appris que R. Van Amſterdam, qui a été, dans ſon temps, un célebre Avocat chez les Hollandois, l'avoit décidé ainſi pour des biens ſitués chez nous. Il faut avoir recours à la Conſultation.....

Brodeau ſur Louet, *Lett. C. n.* 42, ſur la fin ; Burgundus, *ad LL. Flandriæ tit.* 1, *n.* 40, 41. Charond. *liv.* 3, *reſp.* 26 ; le même aux Coutumes de Paris, des Donations & Dons mutuels, *art.* 281, ſur la fin, *fol. de mon édition* 203 ; Barry, *de ſucceſſ. lib.* 1, *tit.* 1, *eſt.* 46, ſur la fin ; Peck. *de teſtament. conj. lib.* 4, *cap.* 28 ; Chopp. *ad LL. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 4, *n.* 15, *& de Privil. ruſt. lib.* 2, *cap.* 2, *n.* 4 ; Wameſ. *cent. civil.* 6, *conſ.* 6, *n.* 1, *verſ. cæterum*, adoptent cette déciſion : elle eſt encore fortifiée par *l'art.* 32 des Coutumes de notre Pays, rédigées de l'ordre du Duc d'Albe, qui porte que les biens de nos Citoyens, ſitués hors de notre Province, doivent être, en fait de donations, de legs, d'abandonnement, d'uſufruit & de ſucceſſions, réglées par les Loix où les biens ſont ſitués.

III. Du même principe dérive la déciſion de cette autre queſtion. On demande ſi la Coutume obſervée dans la Province de Gueldre, qui défend de teſter des biens allodiaux dont nous avons la propriété entiere, oblige ceux de dehors qui ont des biens de cette nature, ſitués dans cette Province ; & Frédéric à Sandé, qui a ſi bien commenté la Coutume de ſon Pays, tient l'affirmative. *Ad conſ. fund. Geldriæ tract.* 1, *tit.* 3, *cap.* 2, §. 4, *n.* 9, *fol.* 245 de l'édition que j'ai ; & cet avis eſt d'autant meilleur, que cette prohibition d'aliéner ne tombe pas indifféremment ſur toutes ſortes de biens, mais ſimplement ſur ceux dont nous venons de parler, & n'oblige pas toujours, mais n'a lieu que par rapport aux teſtaments ; en ſorte que cette prohibition n'eſt pas générale pour toutes ſortes de biens, de quelque nature qu'ils ſoient, & ne peut concerner l'état de la perſonne, ſuivant les principes que nous avons expoſés ci-devant, pour diſcerner quand le Statut eſt perſonnel. C'eſt pourquoi le Préſident Evrard, en ſon *Conſeil* 71, *n.* 9, a parfaitement bien décidé que le Statut qui défendoit de diſpoſer par teſtament d'un certain genre de biens, & qui permettoit de diſpoſer d'un autre, étoit réel.

IV. Il faut décider la même choſe dans le cas contraire à celui que nous venons d'expoſer, parce qu'effectivement la

même raiſon qui eſt qu'un homme de la Province de Gueldre, pourra diſpoſer par teſtament des biens qu'il aura ſitués hors cette Province, & cela, d'autant plus que dans cette Province, la faculté de teſter n'eſt pas entiérement ôtée, comme ſi la perſonne étoit abſolument incapable de teſter : car la prohibition qui ne frappe que ſur des biens allodiaux, & ſur certains immeubles, ne tombe point ſur des biens d'un autre genre, & qui ſont ſitués dans un autre lieu.

V. Nous venons de dire que les Statuts qui défendoient l'aliénation des biens, ne concernoient pas ceux ſitués hors l'étendue du territoire, & qu'il ne faut pas s'imaginer que les Légiſlateurs aient voulu impoſer des Loix qui fuſſent exécutées dans des endroits où ils n'ont pas droit de commander, comme l'a fort bien obſervé Burgundus, *D. tract.* 1, *n.* 45, ſur la fin.

Mais que dirons-nous, ſi la Loi embraſſe généralement tous les biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués ; de maniere qu'il ſoit défendu aux conjoints de ſe les léguer, ou de ſe les donner pour cauſe de mort? il faut répondre que la donation n'en ſera pas moins valable, parce que, quelle qu'ait été la volonté des Légiſlateurs, ils n'ont pas pu étendre leur autorité ſur des biens qui ne ſont pas ſoumis à leur Juriſdiction. Au ſurplus quoiqu'une pareille Loi ne puiſſe pas aſſujettir les biens qui ſont ſitués ailleurs, il n'y a pas de difficulté qu'elle aſſujettit les conjoints, & qu'elle engendre une action perſonnelle contre celui d'entre eux, qui, au préjudice de la prohibition, ſe ſeroit mis en poſſeſſion de la choſe, & qu'il ſeroit tenu perſonnellement envers les héritiers de ſon conjoint, de les indemniſer juſqu'à concurrence de ce qu'ils perdent par le moyen de cette donation : & ce que Burgundus a dit, *n.* 45 *&* 46, vient à l'appui de ce ſentiment, non pas qu'il faille décider que le ſurvivant ayant ſu la prohibition, la donation doive être déclarée nulle comme frauduleuſe. C'eſt pourtant ce que Burgundus ſemble inſinuer, *D. tract.* 1, *n.* 31, ſur la fin : car la donation & la tradition faites étant valables nonobſtant la prohibition de la Loi du domicile, il n'eſt pas juſte d'impoſer aucune peine, n'ayant fait que ce que la Loi de la ſituation permettoit de faire, & l'ayant fait avec connoiſſance de cauſe. L'effet donc de ce Statut prohibitif ſe renfermera, ou à obliger la perſonne ſoumiſe à ce Statut d'y obéir,

ou à le contraindre de faire raison du tort que le défaut d'obéissance cause à un tiers : car la maxime de tous nos Docteurs est que la Loi du domicile affecte la personne domiciliée, même par rapport aux biens qui sont situés ailleurs ; quand la Loi y est précise. Voyez les Auteurs cités par Grivelle, *décis.* 104, *n.* 44 & 45.

VI. Ce qui doit s'entendre pourvu que les Coutumes de la situation ne soient pas prohibitives, encore que le Statut du domicile soit permissif : ( ce cas est le contraire du précédent, ) comme il a été observé par d'Argentré, sur *l'art.* 218, *gl.* 6, *n.* 38. Supposons en effet que par la Loi municipale de Hollande, le Hollandois ait la liberté d'avantager sa femme de ses biens, en quelque endroit qu'ils soient situés; la Loi de Hollande n'aura pas d'exécution sur les biens situés dans notre Province d'Utrecht ; il n'en naîtra même aucune action personnelle pour demander l'estimation, parce que le Statut du lieu auquel les fonds sont soumis, est contraire au Statut du domicile, & contient une disposition prohibitive & annulative : & si l'on décidoit autrement, le Statut d'Utrecht deviendroit illusoire, & il seroit vrai de dire que le Législateur n'auroit pas une autorité absolue sur les biens situés dans l'étendue de sa domination, qui appartiendroient à des Hollandois ou à tout autre étranger, & les choses en reviendroient au même point, que si l'on devoit l'estimation de la chose léguée contre la prohibition du Statut ; ce qui est contraire à l'avis commun. Voyez Sand. *lib.* 4, *tit.* 4, *defin.* 4.

VII. C'est une question fort approchante que celle de savoir si la Loi qui détermine l'âge auquel il est permis de tester, étend son autorité par rapport à des héritages qui sont situés ailleurs: par exemple, dans la Province d'Utrecht, comme il n'y a pas de Loi qui fixe l'âge pour tester, on y observe le Droit commun, selon lequel les mâles à quatorze ans & les femelles à douze, ont une pleine liberté de tester.....

C'est ainsi que dans la Coutume de Meaux, n'y ayant aucune disposition qui regle & détermine l'âge de tester, le Parlement de Paris a jugé qu'il falloit réparer ce défaut, & emprunter la disposition du Droit Romain, suivant que le rapporte Chopin sur la Coutume de Paris, *lib.* 2, *tit.* 4, *n.* 6 ; ce que nous observons à cet égard est observé en Hollande & à Anvers. Cependant, s'il falloit parler par raison plutôt que par autorité,

y a-t-il quelqu'un qui puiſſe diſconvenir que c'eſt accorder trop tôt à de jeunes gens la faculté de diſpoſer de leurs biens en faveur d'étrangers au préjudice des héritiers du ſang, puiſque dans un âge ſi peu avancé, on n'eſt pas encore en état de diſtinguer entre un véritable ami, & celui qui ſe dit tel, & qui affecte artificieuſement de le paroître? L'expérience ne nous apprend que trop que de pareils jeunes gens ont ſouvent nommé pour leurs héritiers des perſonnes qu'on leur avoit fait choiſir par intrigues ou par careſſes.

C'eſt pourquoi ſi nous diſons que la Coutume de Paris, qui ne permet pas de teſter des fonds avant l'âge de vingt-cinq ans, ou ſi trouvant cet âge trop avancé, nous diſons que la Coutume de Malines, qui le permet aux mâles à dix-huit ans & à ſeize aux femelles, ou que la Coutume de Poitou, qui le permet aux mâles à vingt ans & aux femelles à dix-huit, que ces Coutumes ſont plus juſtes & plus ſages que la Loi de notre Province, nous parlerons vrai, quoique peut-être un peu trop librement; mais pour venir à notre queſtion, que dirons-nous, ſi quelqu'un de notre Province teſte à l'âge de quatorze ans? la diſpoſition teſtamentaire qu'il aura fait de ſes biens ſitués dans un Pays où la Loi de la ſituation exige un âge plus avancé pour teſter, aura-t-elle ſon exécution?

La raiſon de douter ſera que cette Loi fixant l'âge & la capacité de la perſonne, paroît être faite pour affecter la perſonne & diriger ſon état, & par conſéquent que cette capacité de la nature dont elle paroît, s'étend par-tout; mais, au contraire, il faut dire que cette Loi eſt pure réelle, en ce qu'elle n'eſt pas faite pour régler l'état & la condition de la perſonne, mais bien pour régler les diſpoſitions & aliénations que l'on peut faire des choſes, & cela pour le cas ſeulement du teſtament; & par conſéquent cette Loi eſt limitée, & toute renfermée à cette maniere unique d'aliéner; & nous avons dit pluſieurs fois que de pareils Statuts étoient des Statuts réels.

Il eſt aiſé d'ailleurs de voir dès le premier coup d'œil, que la faculté & capacité de teſter accordée à ceux de notre Province, ne touche point à l'état de la perſonne qui n'en eſt en aucune maniere ſouſtraite de la dépendance de la tutele, puiſque l'autorité d'un tuteur ne s'étend pas aux actes teſtamentaires; en ſorte que l'état des perſonnes reſtant toujours le même, on ne peut pas dire que la Loi ſoit une Loi perſon-

nelle. C'eſt pourquoi Juſtinien n'a pas mis le pouvoir de teſter au nombre des Droits perſonnels, dont il promet traiter dans le premier Livre des Inſtituts, mais bien dans le Livre ſuivant, où il s'étoit réſervé de parler des choſes : & Chriſt. en ſon *vol.* 1, *déciſ.* 282, *n.* 12, où il a expreſſément parlé du Droit que notre Province a accordé à ceux de la Nation de teſter, rapporte que le Conſeil de Malines a adopté cet avis; le Parlement de Paris l'a auſſi embraſſé par pluſieurs Arrêts. Chopin, *de morib. Pariſ. D. num. 6.*

VIII. Mais examinons préſentement ſi le lieu où l'acte ſe paſſe peut faire quelque changement dans cette déciſion. Suppoſons qu'un Hollandois a fait une diſpoſition teſtamentaire au profit de ſa femme par un teſtament paſſé à Utrecht, ou qu'un homme de la Province d'Utrecht a diſpoſé dans la Gueldre des biens qu'il a ſitués en Coutumes qui autoriſent la diſpoſition, ou pour propoſer les eſpeces contraires; c'eſt un homme d'Utrecht qui a teſté en Hollande, ou un homme de Gueldre qui a teſté à Utrecht, la diſpoſition ſera-t-elle valable? faut-il la déclarer nulle, ſelon qu'elle ſera, ou ne ſera pas conforme aux Loix du lieu où elle a été paſſée? nullement : car il eſt bien vrai qu'en ce qui regarde les formalités de l'acte, c'eſt la Loi du lieu où il eſt paſſé qu'il faut enviſager; mais en ce qui touche les biens, il faut conſidérer la Loi de la ſituation en quelque endroit qu'il arrive qu'on en diſpoſe par teſtament.

C'eſt pourquoi comme il n'y a que l'aliénation des biens qui ſoit dans la prohibition de ces ſortes de Loix qui ne défendent même qu'une ſorte d'aliénation; en ſorte qu'il n'eſt en aucune maniere queſtion de l'état de la perſonne, & qu'il n'eſt donné aucune atteinte à cet état, il eſt néceſſaire d'en conclure que ces Loix comme réelles agiſſent en tous les cas & en tous les lieux ſur les biens qui leur ſont ſoumis, mais ne dirigent point les biens ſitués ailleurs.

IX. Nous venons de traiter de la prohibition de s'avantager entre conjoints, traitons préſentement d'une autre qui a lieu à Utrecht, ſelon laquelle le mari qui n'a point d'enfants, ne peut aliéner ſes immeubles ſans le conſentement de ſa femme, & même à Amersfort, il ne le peut encore, quoiqu'il ait des enfants. Cette prohibition ſera-t-elle renfermée dans l'étendue de la Juriſdiction, de maniere qu'elle n'influe pas ſur les biens qui ſont ſitués ailleurs? Pour moi, ſur cette queſtion, je ne

m'écarterai pas de ce que j'ai dit ſur les queſtions précédentes : car cette Loi qui n'eſt directement faite que pour l'aliénation des biens, doit être dite réelle, puiſque pour décider ſi un Statut eſt réel ou perſonnel, il ne faut pas enviſager la raiſon de la Loi qui peut-être eſt priſe de la qualité de conjoint, mais de la choſe même dont il s'agit dans la prohibition, & c'eſt ce dont j'ai traité ci-devant très-amplement.

Il eſt vrai que l'on pourra dire que par cette Loi prohibitive, la puiſſance maritale eſt gênée, & que dès-lors cette Loi doit être jugée perſonnelle, & avoir lieu par-tout. C'eſt ainſi que parce que la femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, elle ne peut, ſans ſon autoriſation, contracter, ni aliéner en quelque endroit que ce puiſſe être ; mais ſi nous examinons de bien près les termes de la prohibition faite au mari d'aliéner, on ſentira ouvertement la différence qu'il y a entre cette prohibition, & celle faite à la femme, parce qu'elle eſt ſous l'autorité de ſon mari : car par rapport à la femme, la défenſe qui lui eſt faite eſt une défenſe d'état & de condition, de maniere que la femme porte par-tout l'état de dépendance où elle eſt à l'égard de ſon mari ; au lieu que la prohibition faite au mari, n'attaque pas l'état du mari, & n'altere pas ſa condition ; mais fait ſeulement que lorſque le mari veut aliéner tant ſes biens que ceux de ſa femme, ou plutôt ceux qui lui ſont communs avec ſa femme ; ( car vous avouerez avec moi que le Légiſlateur a eu en vue la communauté générale de biens qu'il a établie entre eux par un article précédent, ) le conſentement des deux conjoints eſt abſolument néceſſaire.

De ce que donc parmi nous, le Légiſlateur a défendu au mari de vendre les immeubles en jugement ..... il eſt aſſez ſenſible qu'il n'a fait cette Loi que pour les biens qui ſont ſoumis à ſa Juriſdiction, & par conſéquent que ſa volonté n'a pas été qu'elle s'étendît à des biens qui ſont ſitués ailleurs, & il ne faut pas dire que le Statut eſt conçu, de maniere que la prohibition appartient à la forme de l'acte, puiſque le conſentement de la femme n'eſt requis que pour empêcher qu'elle ne ſoit mal à propos privée de ſes biens de famille & de ſes autres immeubles, & que la néceſſité de requérir le conſentement d'autrui n'eſt de formalité que lorſque ce conſentement ne l'intéreſſe point, & ne peut lui préjudicier, Tiraq. *ad L. connub. gl. 6, n. 5 & 7.*

Comme si une fille de notre Province s'en alloit plaider chez les Gueldres, où, suivant les usages de cette Province, elle seroit obligée de se faire assister d'un curateur.

X. Mais, suivant nos mœurs, cette prohibition d'aliéner, si vous en examinez bien l'effet, n'est pas d'une grande conséquence, & il n'en faut que cette preuve qui est qu'encore que la mise en possession, & la tradition, ne soient pas valables & efficaces, cependant il naît une action personnelle du contrat d'aliénation, en vertu de laquelle l'acquéreur agit contre le mari, pour l'obliger de lui faire une tradition authentique de la chose; & s'il refuse d'obéir à la condamnation, il est mis en prison; & si son refus est trop opiniâtre & trop long, ou que le mari ne parvienne pas à obtenir le consentement de sa femme, le Juge en ce cas détermine les dommages que l'acquéreur peut souffrir, faute par le vendeur de lui avoir livré la chose, & ce que le Juge a fixé, se prend également sur les biens du mari & de la femme, & j'ai marqué que cette décision étoit approuvée de Burgundus, *tract. de evictionib. cap.* 35, *n.* 6, où il est dit qu'encore que la vente que le mari fait du bien de sa femme contre la prohibition de la Loi ne subsiste pas, cependant la femme est tenue personnellement aux dommages & intérêts, résultants de l'éviction, c'est-à-dire, qu'elle est tenue de restituer le prix, & de payer les dommages & intérêts, parce que, dit-il, cette dette est une dette de communauté. C'est pourquoi Charond. *lib.* 2, *resp.* 29, a fort bien remarqué qu'un mari dans cette occasion en est réduit à la condition d'un homme qui vend la chose d'autrui, la femme duquel est tenue de cette vente aussi-bien que de toutes les autres dettes que le mari peut contracter à son insu. Ainsi un acquéreur, parmi nous, ayant agi par revendication sur le fondement d'une pareille vente qu'un mari lui avoit faite, il en fut débouté; mais depuis ayant agi par action personnelle résultante de la vente, à ce que le mari vendeur fût tenu de le mettre en possession bonne & valable, il fut écouté. Goris fait cependant quelque doute sur cette décision, en ce qui peut concerner les mœurs des Gueldres, *in not. ad Sand. de effectucat. cap.* 4, *n.* 13, *in fine, & in adversar. noviss. edit. tract.* 3, *part.* 2, *cap.* 6, *n.* 13.

C'est ainsi qu'encore qu'un mari qui accorde une hypotheque sur ses biens, ne donne aucune action réelle sur iceux, néanmoins

néanmoins il contracte une obligation perſonnelle, dont les deux conjoints ſont également tenus; mais ce qui prouve d'autant mieux que le Légiſlateur de notre Province n'a pas autrement enviſagé par cette défenſe le préjudice que la femme pourroit ſouffrir, c'eſt que le mari, malgré ſa femme, peut faire tel contrat que bon lui ſemble, tels emprunts qu'il jugera à propos, dont ſa femme ſera tenue auſſi-bien que lui, & par la ſuite, la néceſſité d'acquitter ces engagements, occaſionne l'aliénation des biens.

Auſſi je me ſouviens qu'Evrard Vander Schuer, autrefois célebre Avocat parmi nous, avoit coutume de dire qu'il admiroit la ſingularité de nos uſages, qui ne permettent pas à un mari qui n'a pas d'enfants de ſa femme, de vendre ſes immeubles, & qui lui permettent de les diſſiper entiérement dans les plus honteuſes débauches.

Pour nous réſumer, un mari domicilié à Utrecht, pourra valablement, & ſans le conſentement de ſa femme, vendre les biens qu'il aura en Hollande, & celui domicilié à Amersford, & qui aura des enfants, pourra pareillement vendre ceux qu'il aura à Utrecht, & ce que traite Burgundus, *tract.* 1, *n.* 9, fait entiérement pour cette déciſion.

XII. Il ne faut pas oublier cette autre queſtion, qui eſt de ſavoir, ſi la communauté d'entre conjoints doit appartenir à la claſſe des Statuts réels, ou ſi elle comprend les biens ſitués dans des lieux qui n'admettent pas une ſemblable communauté. Par exemple, des conjoints domiciliés à Utrecht, ou en Hollande, avoient au jour de leur mariage des biens immeubles ſitués dans la Friſe, qui n'admet de communauté que par rapport aux biens que les conjoints ont acquis depuis qu'ils ſont enſemble.

On demande ſi ces biens ſitués en Friſe tomberont dans la communauté générale & univerſelle, qui a lieu dans notre Province & en Hollande. Cette queſtion a partagé de très-beaux eſprits qui ont pris des partis très-différents : les uns ont été d'avis que les biens ſitués ailleurs, tomboient dans cette communauté, & les autres ont ſoutenu le contraire. M^e Ch. du Molin a été vivement pour le premier avis en ſon *conſ.* 53; & pour le réfuter, d'Argentré, cet homme ſi excellent, fait de grands efforts, *art.* 218, *gloſ.* 6, & ſe laiſſant emporter plus que de raiſon, à la chaleur de la diſpute, comme il arrive aſſez

ſouvent, il inſulte à du Molin, & lui reproche qu'il avoit écrit en ſon Conſeil, non pas pour ſoutenir la meilleure cauſe, mais pour faire réuſſir une affaire qu'il avoit entrepriſe, ſe fiant beaucoup ſur ſes lumieres & ſur ſon eſprit.

Burgundus prend un parti moyen, *tract.* 1, *n.* 15; & voici la maniere dont il croit pouvoir concilier les deux avis. Il eſtime, à la vérité, que le Statut eſt perſonnel; mais il nie que ce Statut s'étende aux biens qui ſont ſitués ailleurs. Goris, dans ſes *Controv. tract.* 1, *chap.* 6, a agité cette queſtion, ſans l'approfondir, & ne rapporte aucun Jugement pour l'un & l'autre parti; il faut donc que je la traite avec plus d'examen & de diſcuſſion. D'Argentré propoſe trois eſpeces différentes: ou, dit-il, le mariage a été contracté ſans contrat, en ſorte que la communauté ne peut être fondée que ſur la ſimple diſpoſition de la Loi; ou la communauté a été ſtipulée par contrat de mariage, & les Parties ne ſont convenues entre elles ſimplement que d'une communauté de biens; ou enfin il a été expreſſément convenu que la communauté s'étendroit ſur tous les biens, en quelques endroits qu'ils fuſſent ſitués.

Pour moi je croirois que les deux dernieres eſpeces ſe réduiſent à une ſeule: car en ce que d'Argentré eſtime que la convention pure & ſimple d'une communauté de biens, doit être entendue ſimplement des biens ſitués dans l'étendue de la Loi du domicile, j'aurois de la peine à admettre cet avis, à moins que cette Coutume, par une diſpoſition expreſſe, ne fixât & ne bornât dans ſon enceinte, ce droit de communauté; de ſorte que, dans le doute, la communauté dût être préſumée contractée pour n'avoir lieu que conformément à la Loi du domicile: mais ſi la Loi eſt conçue en termes indéfinis, il faut dire que la communauté convenue entre les conjoints, ſera de tous les biens, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués: car il eſt vraiſemblable que le Légiſlateur n'a étendu ſa diſpoſition ſi loin, que dans la crainte qu'il n'y eût une trop grande inégalité entre les conjoints, ou que même il n'y eût une entiere diſproportion; ſi, par exemple, les biens de l'un étoient ſitués dans l'étendue du domicile, & que les biens de l'autre fuſſent ailleurs. On ne peut donc pas révoquer en doute que la communauté ſtipulée indéfiniment, ne doive s'entendre généralement de tous les biens.

C'eſt pourquoi ne faiſons plutôt que deux queſtions, dont

la premiere ſera de ſavoir ſi la communauté convenue entre des conjoints domiciliés à Utrecht, ou en Hollande, n'aura lieu que pour les biens qui ſe trouveront ſitués dans les lieux où pareille communauté eſt admiſe. Il eſt certain dans notre Droit, que dès que l'on contracte une ſociété de tous biens, une pareille convention opere une tradition tacite. *L.* 2, *ff. pro ſocio.*

Or, ſelon nos mœurs, nous attribuons tellement à la communauté de tous biens, convenue entre conjoints, l'effet d'une tradition, que nous la regardons auſſi valable que ſi les conjoints avoient déclaré dans les actes publics de la ſituation des biens qu'ils ſe faiſoient l'un à l'autre, toute communication & tradition. Voyez Goris *in Adverſ. ad conſuet. Geldriæ, tract.* 4, §. 21, *n.* 3, & vous demeurerez convaincu que toute la difficulté de la queſtion conſiſte à ſavoir ſi la convention matrimoniale a, ou n'aura pas force de tradition dans le lieu de la ſituation des biens, comme elle l'a dans le lieu du contrat de mariage; de ſorte que dans le premier cas il y ait une mutuelle communication & tradition des fonds, & qu'il n'y en ait point dans le dernier : c'eſt pourquoi j'eſtime qu'il faut dire que les biens ſis à Friſe, & que les conjoints ont au jour de leur mariage, deviennent dès-lors communs, puiſque dans cet endroit, ſi je ne me trompe, comme preſque dans tous les Pays-Bas, la Juriſprudence eſt que la donation faite par contrat de mariage, emporte de plein droit, tranſlation de propriété, & qu'il n'eſt nullement néceſſaire qu'elle ſoit enrégiſtrée dans les actes publics.

C'eſt pourquoi, par une déciſion contraire, (& c'eſt l'argument de Burgundus), les Fiefs ne tomberont pas dans cette communauté, s'il n'y a pas eu d'enrégiſtrement fait dans la Juſtice du lieu dominant. Cependant à y penſer ſérieuſement, c'eſt mal à propos qu'on emploie cet argument, parce que, à l'égard des Fiefs, il faut obſerver que le droit d'un tiers, ſavoir du Seigneur ſuzerain, ſeroit bleſſé, ſi on les rendoit ainſi communs ſans ſon conſentement, ou qu'on lui donnât un nouveau vaſſal; & quelque favorables que ſoient les contrats de mariage, ils ne ſauroient donner atteinte aux droits d'un tiers.

Mais enfin s'il arrivoit que les fonds ne puſſent pas être rendus communs en vertu de la clauſe du contrat, parce que la

Loi du lieu qui n'admet pas une pareille tradition pour cauſe de mariage, s'y oppoſe ouvertement. Le conjoint cependant ſera fondé à agir contre ſon conjoint, par une action de ſociété, à l'effet que les biens que ſon conjoint aura apportés en mariage, ſoient rendus communs par argument de la Loi 74, *ff. pro ſocio ;* & ſi le conjoint ne peut pas parvenir à faire cette communication, il ſera condamné aux dommages & intérêts, faute d'exécuter les conventions; ce qui, par la même raiſon, aura lieu à l'égard des Fiefs, ſuivant le témoignage de Frédéric à Sandé, *ad conſuet. feud. Geldriæ, tract.* 2, *tit.* 2, *cap.* 3, *n.* 6; Goris, *tract.* 1, *in adverſ. cap.* 3, *n.* 8, quoiqu'en ce qui concerne les Fiefs, les Docteurs ne ſouſcrivent à cette déciſion, qu'autant que les conjoints ont expreſſément ſtipulé qu'ils entreroient en communauté, par cette raiſon, ſans doute, que les conjoints ne ſont pas préſumés avoir rien voulu faire contre le droit d'un tiers, quand ils ne l'ont pas marqué expreſſément; mais il en eſt autrement de tous les autres biens ordinaires ſur leſquels un tiers n'a aucun droit, & qui ne different que parce qu'ils ſont ſitués en différents territoires.

XIII. Tout ce que nous venons de dire eſt pour les biens qui appartenoient aux conjoints avant leur mariage; mais il faut raiſonner autrement par rapport aux biens qui s'acquierent pendant la communauté : car encore qu'en vertu du contrat de mariage, les biens qui lors appartiennent aux deux conjoints, paſſent dans leur ſociété, attendu qu'il ſe fait une tradition tacite qui opere cette communication réciproque, *D. L.* 2; cependant ſi depuis le mariage, l'un des conjoints achete, ou acquiert quelques biens, ils ne ſont pas ſur le champ communs; mais l'autre conjoint peut agir en vertu de la ſociété, contre ſon conjoint, pour voir dire qu'ils ſeront communs. *L.* 74, *pro ſocio & ibi gloſſ.* Delà il ſuit que les biens acquis pendant le mariage, dans des lieux qui ſont régis par le Droit écrit, ne ſont pas communs; la femme a ſeulement, arrivant la diſſolution de la communauté, une action pour en demander moitié. Voyez Goris, *tit.* 1, *chap.* 5.

Mais tout cela eſt de peu d'uſage par rapport aux biens allodiaux, & qui ne dépendent d'aucun Seigneur; parce que preſque dans toutes les Nations, ce qui eſt acquis par l'un des conjoints, appartient à tous les deux; mais il eſt en uſage par rap-

port aux Fiefs : car quoique ces Fiefs que les conjoints poſſedent au jour de leur mariage, deviennent communs, ſi le Seigneur a donné ſon conſentement dans leur contrat de mariage, cependant à l'égard de ceux qui ſont acquis depuis le mariage, ils n'appartiendront qu'à celui ſeul des conjoints qui aura été inveſti ſolemnellement par le Seigneur, l'autre n'ayant droit en vertu de la ſtipulation de communauté, que de demander d'être admis à partager le prix, ce que Frédéric à Sandé, *ad conſ. feud. Geldriæ*, *tract.* 2, *tit.* 2, *cap.* 3, *n.* 7 *& ſeq.* a expliqué très au long auſſi-bien que Goris, *tract.* 1, *cap.* 3, qui ſur la fin eſtime qu'il ſeroit fort à propos, arrivant la diſſolution du mariage, que l'on obtînt le conſentement du Seigneur pour partager ces Fiefs; ce que vous entendrez néanmoins, quant à nos mœurs, pourvu que la communauté ſtipulée l'ait été nommément des Fiefs : car autrement on ne peut demander que la moitié du prix qui a été déboursé pour les acquérir, *art.* 25, *rubr.* 23, *patriæ ordin.*

XIV. Nous venons de parler de la communauté des biens convenue entre conjoints, il nous reſte à parler de la communauté coutumiere & légale, qui eſt la ſuite de la célébration même du mariage.

Les Auteurs font conſiſter ſur cette queſtion la difficulté à ſavoir, ſi cette communauté procede d'un Statut réel, ou d'un Statut perſonnel. Nous avons pour le premier parti Chaſſ. *ad conſ. Burgund. rubr.* des Droits appartenants à gens mariés, §. 2, *in verbo*, ſelon la Génér. Coutume, *n.* 12, *verſ. Sed quantum ad bona exiſtentia extra Ducatum Burgundiæ.* Everard, *in locis legalibus à nomine dignitatis officii, vel appellativo. Ibi ſexto illud facit.* Pech. *de teſtament. conjug. Libro* 3, *cap.* 28, *verſ. hinc eleganter.* Celui qui en a parlé le plus amplement, & avec le plus d'eſprit eſt d'Argentré, *ad conſ. Britt. art.* 218. *gloſſ.* 6, *n.* 33; Chopin, *ad LL.* Andin. *liv.* 4, *tit.* 2, *n.* 4, *fol°. de mon édition* 390.

Au contraire, pour le ſecond avis, nous avons du Molin, en ſon fameux Conſeil 53; Chriſt. *vol.* 2, *deciſ.* 57; Louet en ſon Recueil d'Arrêts, *Lett. C. n.* 6, & ſon Scholiaſte, *n.* 42. A l'égard de Burgundus, quoique *tract.* 1, *n.* 15, il ſe ſerve preſque des mêmes raiſons que du Molin, & qu'il ſoutienne lui-même que le Statut de la communauté eſt perſonnel, il ne croit pourtant pas qu'elle doive s'étendre à toutes les acqui-

ſitions que les conjoints peuvent faire en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, qui eſt cependant la conſéquence qu'en tire du Molin, & il eſtime qu'elle eſt renfermée dans ſon territoire; mais Burgundus ſe trompe en cela, & nous avons ci-devant montré combien ce qu'il a nouvellement imaginé eſt peu véritable, lorſqu'il dit que les Droits perſonnels ne produiſent point d'autres actions, & n'ont que des effets purs perſonnels, & par conſéquent n'affectent pas les choſes.

Tout ce que nous avons effectivement de Loix qui déterminent l'état & la condition d'un prodigue, d'un pupille, d'un mineur, d'un mari & d'une femme, ſont toutes Loix perſonnelles, & de cela ſeul il eſt notoire qu'elles agiſſent ſur les biens en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués; au lieu que les Loix réelles n'ont aucune force au delà de leur territoire. C'eſt pourquoi, ſi la communauté de biens d'entre conjoints eſt miſe au nombre des Statuts perſonnels, il eſt néceſſaire de dire qu'elle s'étendra généralement ſur toutes les acquiſitions que les conjoints pourront faire; & que, ſi, au contraire, elle eſt miſe dans la claſſe des Statuts réels, elle ſera renfermée dans ſon territoire. Mais enfin, pour dire ce que je penſe ſur cette queſtion, les raiſons de du Molin & de Burgundus, que je regarde comme les chefs de ceux qui ont pris le parti de la perſonnalité, & qui ont entrepris de montrer que la communauté d'entre mari & femme eſt un Droit perſonnel, me paroiſſent prouver au contraire, que le Droit eſt pur réel.

Le grand argument dont ils ſe ſervent, eſt que la cauſe & la raiſon de cette communauté d'entre conjoints eſt toute fondée ſur la livraiſon & tradition réciproque qui eſt préſumée ſe faire dès-là que le mariage, & conſéquemment la communauté de biens a été contractée. Tradition mutuelle que les Loix admettent généralement dans toutes les autres ſociétés univerſelles, *L. 2, ff. pro ſocio.*

Cette communauté entre conjoints, quoique non contractée expreſſément, eſt préſumée contractée tacitement, en ce que, ſelon les Loix du lieu qui ſervent en cette occaſion d'interprete, les contractants ſont préſumés avoir adopté la communauté dès qu'ils n'ont rien ſtipulé au contraire; de ſorte que la communauté eſt comme écrite dans leur acte de célébration, au moyen de ce que la Loi du lieu influant ſur le mariage, lui

communique par forme de contrat, cet effet qui eſt la ſuite de la célébration, de maniere que cette ſociété coutumiere eſt une eſpece d'aliénation voulue & conſentie par les conjoints, qui ſont préſumés ſe faire mutuellement une tradition de la moitié de leurs biens.

Car c'eſt par moitié que nos Auteurs dans l'uſage croient que ſe contracte la ſociété conjugale, Coren. *conſil.* 25, *n.* 25, Wameſ. *cent.* 5, *conſ. ib. n.* 1; Burgund. *tract.* 1, *n.* 16, d'où il eſt néceſſaire de conclure que cette communauté de biens entre conjoints, prend ſa ſource dans la communication & mutuelle aliénation, qui eſt attachée & inhérente à la célébration du mariage; & de cette aliénation il en réſulte, quant à l'effet perſonnel, que la perſonne eſt engagée, & avec lui tous ſes biens en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués.

Au ſurplus, cependant, ſi vous conſidérez l'effet de cette communication mutuelle qui eſt l'objet de notre queſtion, il ſemble que les Auteurs que nous avons cités, veulent que ceux qui contractent mariage dans un lieu où cette communauté de biens eſt reçue, ſoient tacitement préſumés l'avoir ſtipulée; en ſorte que c'eſt la même choſe que s'ils avoient fait un contrat, & que par une convention expreſſe ils ſe fuſſent mutuellement communiqué leurs biens : ce qui fait voir clairement que pour la déciſion de la queſtion, il ne faut pas demander, ſi le Statut ou la Coutume du lieu, ſelon laquelle on contracte mariage, eſt réel ou perſonnel; mais bien ſi cette tacite communication de biens eſt un acte réel ou perſonnel, puiſque toute fonction du Statut eſt d'interpréter les conventions du mariage, parce que chaque contrat reçoit l'interprétation de la Loi du lieu où il eſt paſſé; en ſorte qu'en changeant pour lors de point de vue, il faut dire que la queſtion conſiſtera à ſavoir, ſi par cette tacite communication ou aliénation, (car quiconque communique un bien, l'aliene,) il ſe fait une tranſlation des biens ſitués dans un territoire, ou ſi par une convention mutuelle faite même pour cauſe de mariage, le domaine des biens n'eſt point aliéné ſans une tradition ſolemnelle; & comme une pareille tradition eſt inconteſtablement toute réelle, il ſemble qu'il faut décider pour la négative, puiſque nous avons déja dit pluſieurs fois, & telle eſt la commune obſervance en matiere réelle : (car nous avons ci-devant parlé

de l'effet du Statut perſonnel, & de l'action qui en réſulte,) que le domaine des biens ne peut s'aliéner entre-vifs, qu'en obſervant la forme que les Loix de la ſituation exigent; en ſorte que c'eſt en vain qu'à l'occaſion d'un Statut, vous demanderez s'il eſt réel, ou s'il eſt perſonnel; mais le point de la difficulté doit être par rapport à la communication & aliénation des choſes, & de déterminer ſi l'acte & le contrat peuvent opérer cette communication & aliénation, ce que vous admettrez d'autant plus facilement parmi les Hollandois, que parmi eux, ſuivant que le remarque Néoſtadius, *ad deciſ. 9, de pact. autem*, cette communication tacite & ſous-entendue de communauté, devoit ſon origine à un ancien uſage où l'on étoit d'en ſtipuler une: car comme les maris, par le moyen du commerce, amaſſoient ordinairement de grands biens, & que les femmes, pour la plupart, y contribuoient, de leur côté, autant qu'il étoit en elles, & qu'ils eſtimerent qu'il leur ſeroit plus avantageux d'admettre leurs femmes à partager la perte & le gain, que de ne leur laiſſer à eſpérer que la reſtitution de leur dot, avec la crainte même de la perdre, ſi les affaires du mari tournoient mal, ces ſtipulations de communauté de biens devinrent ſi fréquentes, que quand elles étoient omiſes, on les ſuppléa, en préſumant que telle étoit la volonté des conjoints: c'eſt pourquoi cette communauté légale peut être, à bon titre, appellée un pacte tacite; c'eſt ainſi que les choſes qui ſont apportées & placées dans des maiſons priſes à loyer, ſont regardées comme le gage des Propriétaires, encore qu'il n'en ſoit rien dit, parce que, ſuivant l'expreſſion de la Loi 4, *ff. de pactis*, il y a des conventions qui tacitement ont lieu, comme ſi le Juriſconſulte avoit dit: « parce que l'on a coutume de convenir que tout ce » que le locataire apporte dans la maiſon qu'il loue, ſert de gage » au Propriétaire, la Loi a voulu que cela eût lieu, encore mê» me qu'il n'en fût pas expreſſément convenu, en préſumant » cette volonté dans les Parties, ſi ce n'eſt qu'elles en aient dé» cidé autrement.

Concluons donc que cette communauté, ſoit conventionnelle & expreſſe, ſoit tacite, réſultant de la célébration du mariage qui reçoit ſon interprétation de la Coutume du lieu où il eſt paſſé, affecte généralement tous les biens, à l'exception néanmoins de ceux ſitués dans un lieu où il faut une tradition

dition ſolemnelle ; & par rapport à ces biens, il faut dire qu'il eſt queſtion, entre les conjoints, d'une convention pure perſonnelle, dès que par la Loi du domicile matrimonial, les conjoints ſont préſumés avoir voulu que tous leurs biens fuſſent communs : c'eſt pourquoi par-tout où cette communauté n'emportera pas avec elle un tranſport & une aliénation au profit de l'autre conjoint, il naîtra entre eux une obligation qui leur donnera droit d'agir pour demander, ou la moitié des biens, ou les dommages & intérêts, faute de livrer cette moitié, ſi ce n'eſt néanmoins que les biens fuſſent féodaux : car nous avons ſoutenu que même en ſtipulant une communauté générale de biens, les Fiefs n'y étoient pas compris ; de ſorte que ſi on étoit convenu expreſſément qu'ils y ſeroient compris, cette convention dégénéreroit purement en ſimple action, pour avoir le prix que la choſe vaut actuellement, à l'exemple des biens acquis pendant le mariage, & qui doivent ſe partager entre conjoints, à moins que par la Loi de la ſituation, les fonds n'appartiennent ſeulement qu'à celui des conjoints qui en a pris poſſeſſion.

Dans ce dernier cas, l'autre n'aura d'action que pour demander la moitié du prix actuel, outre que parmi nous, pour la pleine exécution des droits de la communauté, & de peur qu'un des conjoints ne s'enrichiſſe aux dépens de l'autre, on donne, pour récompenſe d'un Fief acquis, la moitié du prix déboursé pour l'acquiſition, *art.* 25, *rub.* 23 *du Droit d'Utrecht*, ſi ce n'eſt qu'il ſoit préciſément convenu que les Fiefs entreront dans la communauté, à raiſon de laquelle convention, les conjoints ſont obligés, les uns envers les autres, de s'indemniſer de l'inexécution de leur convention ; & pour cela, ils ont droit d'agir pour être payés de ce que la choſe peut valoir actuellement, comme il a été dit plus haut, de maniere que l'on voit que des conjoints ſtipulant en ſe mariant, une communauté de biens, cette convention emporte tradition & aliénation, & que par rapport aux biens qui ne peuvent ſe communiquer, les conjoints contractent une obligation perſonnelle, en ſorte qu'une pareille convention contient, tout à la fois, quelque choſe de réel & de perſonnel.

Ce qui ne paroîtra pas étrange à celui qui fera réflexion, qu'il en eſt ainſi dans un cas bien oppoſé à la communauté, & il eſt bon d'employer cet argument, puiſque, comme parlent les Phi-

loſophes, les choſes s'éclairciſſent ſouvent par leurs contraires, & ce cas contraire eſt celui où la ſociété d'entre conjoints étant diſſolue, les héritiers partagent entre eux les biens. Pour lors il n'y a que ceux qui ſont ſitués dans les lieux, où par le ſimple partage il ſe fait une tradition de plein droit, ſans qu'il ſoit néceſſaire d'une tradition ſolemnelle, qui ſoient acquis & transférés aux héritiers à qui ils échoient; mais à l'égard des biens qui ſont ſitués dans un lieu où cette tradition ſolemnelle eſt requiſe, comme ils ne ſauroient être transférés par le ſimple partage, il en réſulte un engagement perſonnel, en vertu duquel les héritiers peuvent ſe contraindre les uns les autres à ſe faire une tradition de la choſe, conformément aux Loix de la ſituation, ou à payer des dommages & intérêts, s'ils l'ont aliéné dans le temps intermédiaire, & c'eſt ce qui s'obſerve entre cohéritiers, dans les partages de ſucceſſions.

XV. Faiſons une eſpece contraire : ſi les conjoints étoient mariés dans une Coutume où il n'y a aucune communauté de biens, dans cette eſpece les biens ſitués en Coutumes qui admettent la communauté, ne deviendront pas pour cela biens de communauté; & il faut dire que dès-là que les conjoints ont contracté mariage dans une Coutume qui rejette la communauté, ils n'ont pas prétendu qu'elle eût lieu en quelque endroit que ce fût, mais qu'ils ont voulu au contraire qu'elle fût excluſe par-tout.

Il en ſeroit autrement ſi la communauté avoit été nommément & expreſſément convenue entre les conjoints: car pour lors elle auroit lieu dans tous les endroits qui l'admettent de droit, dès le moment de la célébration, ou qui ne l'admettant pas de droit, ne la rejettent pas quand elle eſt convenue. Vous avez une déciſion pour l'une & l'autre eſpece dans Mornac, ſur la Loi *exigere dotem*, *ff. de judiciis ;* & dans Charond. en ſes Obſervations mémorables, *in verbo* Communauté. Ajoutez-y Coſtat, ſur la Loi 65, *ff. de judiciis.* Mol. *Conſ.* 15.

Enfin, pour finir, il faut obſerver que ce que nous avons dit ci-devant, que les conjoints, en contractant mariage, ſont préſumés avoir voulu ce que veulent les Loix du lieu où le mariage a été célébré, parce qu'ils n'auroient pas manqué de convenir autrement, s'ils n'avoient pas cru que la Loi faiſoit la convention pour eux-mêmes, eſt vrai, pourvu néanmoins que

le mari n'amene pas ſa femme avec lui dans ſon domicile, ou que le mari ne juge pas à propos de le fixer dans le lieu où demeuroit ſa femme : car pour lors ce n'eſt pas le lieu du contrat qu'il faut conſidérer, parce qu'à raiſon de la deſtination des conjoints, le mariage eſt préſumé contracté ſuivant les Loix des lieux où ils entendent fixer leur domicile, & ce que Burgundus a écrit, *tract.* 2, *n.* 11 *&* 12, fait beaucoup pour cette déciſion.

Tout ce que nous venons de dire eſt pour les biens immeubles : car par rapport aux choſes mobiliaires, comme elles ne ſont pas ſujettes à une tradition ſolemnelle, il n'y a pas de difficulté qu'ils entrent en communauté, ou qu'ils n'y entrent pas, ſelon qu'il y a convention, ſoit expreſſe, ſoit tacite. Parlons préſentement de la Loi, ou du Statut qui donne à la femme, ſur les biens de ſon mari, une hypotheque pour la reſtitution de ſa dot, ainſi que cela s'obſerve à Anvers, & dans les Pays de la France, régis par le Droit écrit, ſuivant le témoignage de Mornac, ſur la Rubrique du Digeſte *de Tributoria.*

Cette Loi aura-t-elle force & autorité ſur les biens qui ſont ſitués dans une Coutume où la Juriſprudence eſt au contraire ? Nous devons avertir, en cet endroit, que cette hypotheque eſt acquiſe dès le premier moment du mariage, quoique la dot, en vue de laquelle cette hypotheque eſt accordée, ne ſe répete qu'arrivant la diſſolution du mariage, & c'eſt ce dont Mercurialis Merlina a amplement traité dans ce gros volume intitulé : *De Pign. & hypot. liv.* 3, *tit.* 2, *quæſt.* 74, ce que nous avons fait nous-mêmes ailleurs d'une maniere plus étendue qu'ici.

Examinons donc, ſi les biens ſitués dans un territoire où la Loi eſt différente, peuvent être aſſujettis à cette hypotheque légale ; Chriſtineus, *tit.* 9, *art.* 4, *n.* 29, & en ſes Annotations, rapporte pluſieurs Jugements pour l'affirmative ; mais je n'oſerois pas aſſurer que ces Jugements ſoient bien fondés. Comment en effet la Loi d'un lieu peut-elle donner un Droit réel ſur une choſe ſituée ailleurs ? C'eſt une Juriſprudence certaine parmi nous que l'on ne peut acquérir hypotheque, ſoit générale, ſoit ſpéciale ſur des biens, ſi ce n'eſt dans la Juriſdiction où les biens ſont ſoumis, ou de telle autre maniere que la Loi de la ſituation l'aura preſcrit.

C'eſt ainſi qu'en Hollande, ſuivant une Ordonnance des Etats, les biens ſont affectés d'une hypotheque générale de-

vant quelque Juge que ce ſoit de la Province, quoique dans ce dernier cas l'hypotheque n'ait pas un effet bien entier. Voyez Groenewegen ſur la Loi 14. *C. de oblig. & acti.* Conſéquemment l'hypotheque, ſoit tacite, ſoit légale, n'aſſujettit que les biens ſur leſquels la Loi qui la donne, a droit de Juriſdiction, & par conſéquent ſur ceux ſeulement qui ſont ſitués dans l'étendue de la domination du Légiſlateur, dont la Loi ſeule comme réelle, peut produire un effet réel ſur les biens; l'autorité d'un Juge étranger ne pouvant donner une pareille hypotheque.

Pouſſons la demande plus loin : il y a conteſtation entre des créanciers, ils prétendent, les uns contre les autres, une préférence ſur les biens de leur débiteur, qui ſe trouvent en différents endroits : on demande quelles ſeront les Loix qu'il faudra ſuivre pour la déciſion ? Commençons d'abord par employer une diſtinction que font tous les Auteurs entre les formalités de la procédure, & les Loix qui doivent faire la déciſion de la conteſtation : quant à la procédure, il n'y a pas de difficulté qu'il faut ſuivre celle du lieu où la conteſtation eſt portée. Par exemple, ſi en exécution d'un jugement portant quelques condamnations, l'on veut faire vendre les biens d'un débiteur ſolvable, la formalité eſt que la vente s'en faſſe dans le lieu où les biens ſont ſitués, ou dans celui où ils ſont ſaiſis en vertu du jugement; que ſi le débiteur a fait une ceſſion de biens, ou eſt notoirement inſolvable, & qu'il n'ait point d'autres meubles, ni d'autres biens que ceux qui ſont déja ſaiſis, comme pour lors la condition de tous les créanciers, eſt égale, la formalité eſt que pour ſtatuer, ſoit ſur le privilege, ſoit ſur la concurrence, on ſe pourvoie au domicile du débiteur. C'eſt pourquoi, parmi nous, un homme obéré de dettes, ayant abandonné ſes biens & quitté le Pays, le curateur établi à ſes biens pourſuivit la vente de ceux qu'il avoit en Hollande. Les créanciers domiciliés en Hollande s'y oppoſerent pardevant le Juge de ſa Province.

La cauſe y ayant été plaidée, ils furent déboutés de leur oppoſition. Le curateur ayant propoſé pour moyens, que s'agiſſant pardevant nous de tous les biens du débiteur, & de la diſtribution des deniers qui proviendroient de la vente, les différentes prétentions des créanciers devoient être diſcutées & jugées par un ſeul & même Juge, de l'avis de tous nos Auteurs. Gaiil. *lib.* 2, *obſ.* 130, *n.* 13 *& ſeq.* Mævius, *ad jus Lubecenſ.*

*lib.* 3, *tit.* 1, *art.* 10, *n.* 51, & cela parce qu'il eſt manifeſte que ces prétentions ne peuvent être diviſées, de peur qu'étant portées dans différents Tribunaux, il n'arrivât que les différents Juges rendiſſent des Sentences toutes différentes.

Ce que deſſus eſt pour régler les Juriſdictions & les formalités de la procédure; mais par rapport à la déciſion des conteſtations, il faut dire preſque toute autre choſe: car le droit des créanciers, en ce qui regarde la priorité, ou la poſtériorité ſur les biens du débiteur, ſe regle par la Loi du lieu où les biens vendus ſont réellement ſitués, ou bien où ils ſont préſumés l'être.

Et premiérement par rapport aux effets mobiliers, comme on les répute toujours exiſtants dans le lieu du domicile du débiteur, à la perſonne duquel ces ſortes d'effets qui n'ont pas d'aſſiette fixe, ſont préſumés adhérer; c'eſt auſſi par la Loi de ce domicile, que la cauſe des créanciers doit être décidée en ce qui regarde les meubles. Vous en avez un Jugement dans Carpzov. *practi. conſt. part.* 1, *conſt.* 28, *defin.* 9, lequel Jugement eſt cité par Mævius, *ad jus Lub. lib.* 3, *tit.* 1, *art.* 11, *n.* 26. C'eſt pourquoi Burgundus, *tract.* 2, *n.* 21, a excellemment dit que tout ce que le Juge du domicile ordonne à l'occaſion du mobilier, doit être obſervé par-tout.

Ce qui doit avoir lieu, ſi ce n'eſt peut-être que l'exécution ſe faſſe ſur le mobilier d'un débiteur qui ſoit encore en poſſeſſion de ſes biens: car pour lors le créancier jouira au préjudice des autres créanciers, du bénéfice de ſa diligence, ſi dans le lieu de l'exécution des meubles, la Loi lui accorde cette prérogative, qui n'eſt pas tant fondée ſur la qualité de la créance, que ſur ce que le créancier a, par ſes pourſuites, prévenu tous les autres; en ſorte que cette prérogative étant attachée à la formalité de l'exécution, doit être réglée par la Loi du lieu où l'exécution ſe fait, outre que le Juge qui met judiciairement le créancier en poſſeſſion des biens ſaiſis dans ſa Juriſdiction, eſt regardé comme agiſſant au nom du débiteur, en ſorte qu'il faut raiſonner de l'effet de la ſaiſie-exécution, comme ſi le débiteur avoit lui-même donné en gage au créancier, dans ce lieu-là, les biens qu'il y a ſaiſis. *L.* 2, *C. ſi in cauſ. jud.* Ce que nous venons de dire du domicile, doit s'entendre, pourvu que le débiteur n'en ait qu'un.

Que faudroit-il donc dire s'il en avoit pluſieurs, & que ſes

biens meubles fussent distribués dans ces différents domiciles? Pour lors ce sera la Loi du domicile où ils se trouveront actuellement, qui les dirigera; & nous avons encore dit ailleurs, *tit.* 2, *chap.* 2, *n.* 1, sur la fin, que cela aura lieu dans le cas d'un partage de successions. Voyez Burgundus, *tract.* 2, *n.* 22. Mais qu'arrivera-t-il si un Négociant commerce également en différents lieux? Burgundus a fort bien décidé dans l'endroit cité, que les meubles suivront la Loi du lieu où ils sont, si ce Négociant a également son domicile dans tous les endroits; & je ne suis pas touché de ce que l'on dit communément, que celui qui a loué dans un lieu une petite boutique, ou une échoppe, non pas pour y établir son domicile, mais pour y faire débit de ses marchandises, est obligé de subir Juridiction dans cet endroit. *L.* 19, §. 2 *in fin. ff. de judic.*

Car autre chose est d'obliger un débiteur de se défendre dans un endroit, & autre chose de donner un privilege aux créanciers, sur les biens de ce débiteur. Quoi! parce qu'un débiteur est trouvé dans le lieu où il s'est obligé de payer, & qu'à raison de ce, il est tenu de plaider en cet endroit; quoi! parce que dans nos mœurs il est obligé de plaider dans quelque endroit que l'on ait procédé par voie d'Arrêts, sur sa personne, ou sur ses biens, dirons-nous pour cela, que ses meubles devront être régis par les Loix de tous ces différents endroits, & le dirons-nous principalement, lorsqu'il s'agit des droits d'un tiers?

Nullement: car un débiteur qui subit la Juridiction d'un certain endroit, n'assujettit que sa personne à cette Juridiction; mais à l'égard des privileges & préférences sur les biens, cela intéresse les créanciers qui ne manqueront pas chacun d'opposer qu'il y a autant d'équité à se régler par la Loi de leur propre domicile, où le débiteur a contracté avec eux, que par le domicile des autres.

C'est pourquoi cette grande variété de Loix qui regnent dans tant de différents endroits, nous fait assez connoître qu'il faut nécessairement se fixer à un lieu dont les Loix puissent décider sur le sort des meubles; & y en a-t-il de plus convenable que celui du domicile de la personne à qui les meubles appartiennent, & où ils sont présumés avoir leur assiette, & que ce soit par conséquent le Juge de ce lieu qui ait autorité de décider du droit & du privilege des créanciers?

C'est ainsi que si un homme décede, & qu'il s'éleve des con-

teſtations ſur ſa ſucceſſion mobiliaire, entre ſes héritiers, dont les uns voudront partager, ſuivant les Loix du lieu où le défunt avoit une ſimple boutique, & d'autres qui demanderont le partage, ſuivant les Loix du domicile du défunt, il n'y aura pas d'autres raiſons pour donner la préférence à ceux-ci, que parce que les meubles du défunt ſont régis & gouvernés par le ſeul lieu du domicile.

Voici une queſtion ſur laquelle les avis ſont partagés. Des Marchands avoient boutique ouverte en différents lieux où ils faiſoient commerce de différentes ſortes de marchandiſes. Delà on a pris occaſion de demander ſi celui qui ſe trouvoit créancier de ces Marchands, pour raiſon du commerce qu'ils faiſoient dans un lieu, pouvoit venir à contribution ſur les marchandiſes qu'ils avoient dans un autre lieu; & par rapport à cette queſtion, il y en a qui prétendent qu'il ne faut pas comprendre dans une même claſſe les différents créanciers; mais au contraire, qu'il faut diſtribuer le prix des marchandiſes, de maniere que ſur celles d'un certain lieu, on paie les créanciers de ce lieu; & que s'il y a du ſurplus, il ſoit payé aux autres créanciers, par cette raiſon que c'eſt plutôt aux marchandiſes que les créanciers ont prêté, qu'aux Marchands. *Arg. L.* 5, §. 15, *ff. de tribut. act.*

Voyez les Auteurs cités par Mævius, *lib.* 3, *tit.* 1, *art.* 10, *n.* 56 *& ſuivants*. Pour le parti contraire de la contribution entre tous les créanciers, nous avons le Cardinal Mantica, *de tacit. & ambig. lib.* 11, *tit.* 23, *n.* 32 *& ſuiv.* à l'avis duquel il eſt bien difficile de ne pas ſe rendre : car les dettes d'un homme ne ſont pas des charges particulieres des biens qui ſe trouvent dans un certain lieu, mais des charges qui ſe répandent ſur tous les biens, de maniere que les créanciers ſont préſumés avoir enviſagé tous les biens de leur débiteur, quoique diſtribués en différentes Provinces; & en effet, ſi, ſelon ceux de l'avis contraire, ce n'eſt pas à la perſonne qui eſt individue, mais à la choſe à qui les créanciers ont prêté; pourquoi, lorſque les créanciers ſont payés ſur le prix de la choſe étant en un lieu, les créanciers d'un autre lieu, ſeront-ils admis à ſe payer ſur le ſurplus du prix de cette même choſe? & quant à la Loi 5 qui eſt alléguée, elle parle d'un eſclave, & ne peut pas être appliquée à un homme libre. Voyez Mant. *dict. loc.* & Groenewegen, *ad dict. L.* 5; & c'eſt ainſi qu'en diſtinguant les

différentes eſpeces, je fais une juſte application des Loix.

Au ſurplus, comme le commerce a mérité pluſieurs prérogatives, il ſe trouvera des perſonnes qui ſe rangeront du premier avis, & il y en a une Loi préciſe à Anvers, ſuivant le témoignage de Groenew. *D. loc.* & Wameſ. *cent.* 4, *conſ.* 62, a donné une Conſultation à l'occaſion de la Loi particuliere de ce lieu. Suppoſons qu'un contrat a été paſſé hors ce domicile, dans un lieu où la Loi accorde des préférences entre des créanciers chirografaires; il ſembleroit, dans cette eſpece, qu'il faudroit ſe régler par la Loi du lieu où le contrat a été paſſé, en ce que les obligations ont coutume d'être régies par la Loi du lieu où elles ont été contractées.

Et Maſcardus, *de Statut. concl.* 7, *n.* 80, dit quelque choſe d'aſſez conforme, & qu'il a emprunté de Décianus; mais c'eſt s'approcher plus près du vrai, de ſoutenir qu'il ne faut pas s'attacher à la Loi du contrat, parce que cette Loi ne peut déterminer que le plus, ou le moins de l'engagement du débiteur, & ne peut concerner que les contractants, qui ayant traité dans un autre lieu que celui de leur domicile, ſont préſumés avoir référé aux Loix de ce lieu, la forme, le lien, le mode, la condition, & généralement la nature de leurs engagements.

Au ſurplus lorſque quelque Droit ne provient point du fait de l'homme, mais de la ſeule autorité de la Loi, tels que ſont tous les Droits de préférence entre créanciers, il faut répondre que l'autorité du Légiſlateur n'eſt d'aucun effet ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis, quand il s'agira de l'intérêt d'un tiers, ou d'autres créanciers qui n'ont point contracté dans ce lieu, & qui, par conſéquent, n'en ont point adopté les Loix; il eſt évident d'ailleurs qu'on n'exerce pas ces ſortes de privileges ſur la perſonne des débiteurs, pour qu'ils puiſſent avoir lieu entre tous les créanciers, n'étant que des privileges ſur la choſe.

Et quel droit en effet peut avoir un Juge ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis, & au préjudice d'un tiers qui n'a pas contracté dans la Juriſdiction? Qu'on ne diſe pas que le créancier peut oppoſer qu'il ne faut pas moins conſidérer ſon domicile que celui du débiteur: car tout le monde ſait que celui qui contracte avec un autre, n'eſt pas préſumé ignorer, & même doit ſavoir la condition de celui avec qui il contracte; de

ſorte

ſorte qu'on ne ſauroit rien imputer à celui qui s'eſt attendu à avoir ſur les meubles de ſon débiteur, les privileges que lui donnent les Loix du domicile de ce débiteur, puiſque de l'aveu de tout le monde, c'eſt le domicile qui régit les meubles, pendant qu'on ne peut ſe diſpenſer de taxer d'erreur ceux qui veulent ſe prévaloir d'un privilege émané d'une puiſſance étrangere qui n'a aucun droit ſur ce mobilier, & ce ſeroit encore la même déciſion, dans le cas d'un débiteur, qui au temps du contrat, auroit été demeurant dans un lieu qui donne ce privilege : car quoi que l'on puiſſe dire que le débiteur ne peut, en changeant ſon domicile, faire perdre au créancier le droit de préférence qui lui étoit acquis ſur les choſes mobiliaires, en vertu de la Loi du premier domicile, cependant ces meubles ſur leſquels cette préférence étoit acquiſe en vertu de la Loi du premier domicile, étant tranſportés dans un autre, deviennent ſoumis aux Loix de ce nouveau domicile, étant certain que par le changement de domicile, les meubles changent de condition au préjudice même d'un tiers; ce qui s'entend des meubles dont le débiteur ne s'eſt pas déſaiſi: c'eſt le principe dont le Parlement de Paris a fait uſage, quoique dans une autre eſpece, ainſi que le marque Chopin, *ad leg. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 1, *n.* 5, & c'eſt ici que peut s'appliquer ce que dit Burgundus, *D. n.* 21; que les meubles ſuivent la perſonne, c'eſt-à-dire, qu'ils exiſtent dans ſon domicile, & qu'ils ne changent d'aſſiette qu'autant qu'elle le transfere ailleurs.

Enfin, pour traiter préſentement des immeubles, ſuppoſons que l'hypotheque tacite ou légale accordée par la Loi du domicile du débiteur, ne ſoit pas également accordée par la Loi de la ſituation, il faut dire que le créancier ſe flatte en vain d'avoir, par le moyen de cette hypotheque, un Droit de priorité : car de même que l'homme n'a pas le pouvoir, fût-ce par une diſpoſition expreſſe, & en jugement, de charger d'une hypotheque des biens qui ſont ſitués dans un autre territoire, il n'y a pareillement aucune Loi étrangere qui ait ce pouvoir, parce que les Statuts réels n'ont point lieu hors leur territoire, comme il a été dit ci-devant.

C'eſt pourquoi ſi un Hollandois à qui un débiteur a hypothéqué généralement tous ſes biens pardevant quelque Juge que ce ſoit de cette Province, vient à avoir chez nous des con-

teſtations avec d'autres créanciers au ſujet de la préférence, l'hypotheque acquiſe en Hollande lui profitera ſur tous les biens ſitués en Hollande, (à l'exception néanmoins du diſtrict d'Amſterdam,) & non point ſur les biens ſitués dans notre Province, ſur leſquels on ne peut acquérir d'hypotheque, ſi elle n'eſt convenue devant le Juge de la ſituation.

Tout au contraire, comme parmi les Hollandois l'hypotheque générale eſt éteinte par l'aliénation, le créancier ne pourra pas s'aider de nos Loix, ſelon leſquelles la choſe hypothéquée paſſe à l'acquéreur avec ſes charges. Pareillement, ſi la Coutume dans un lieu, eſt que les créanciers concourent entre eux ſur les biens de leurs débiteurs, ſans avoir égard aux hypotheques, telle que Strachat, *de decret. part.* 4, *n.* 8 & 23, dit qu'il y en a une à Florence, & une ſemblable à Luques, ſuivant Altograd. *conſ.* 95, *n.* 4, les Droits des créanciers ſeront réglés par la Loi de la ſituation.

XVII. Juſqu'à préſent nous avons parlé des biens allodiaux, c'eſt-à-dire, de ceux dont nous avons la pleine propriété: diſons un mot des biens féodaux. Il eſt aſſez ordinaire par rapport à ces ſortes de biens, de demander par quelles Loix il ſeront dirigés, ſi ce ſera par celle de la ſituation du Fief ſervant, ou par celle du Fief dominant. Nous ne parlons pas de ces Loix de Police, & qui ſont d'adminiſtration purement civile & politique; mais nous parlons des Loix pour ſuccéder, pour retraire & pour exercer tout autre Droit ſemblable, & nous demandons quelles Loix il faut ſuivre.

La commune opinion eſt qu'il faut ſuivre les Loix du Fief ſervant, que ce ſont ces Loix qui le modifient & qui le reglent; Wameſ. *cent.* 5, *conſ.* 15, *n.* 3 & 4, a raſſemblé tous les Auteurs qui ſont de cet avis. Mais deux excellents Juriſconſultes ont pris le parti contraire, ſavoir, Burgundus, *ad leg. Fland. tract.* 7, & Frédéric à Sandé, *ad conſ. feud. Geldriæ. tract.* 3, *cap.* 5, *n.* 11, & ils veulent que l'on ſuive les Loix du Fief dominant.

Il faut examiner s'ils ont eu d'aſſez bonnes raiſons pour s'écarter de l'avis commun. Ces deux Auteurs appuient l'un & l'autre leurs ſentiments ſur ce qu'il faut recourir à l'intention & à la diſpoſition du Seigneur qui a concédé le fonds à titre de Fief, & voir quelles ſont les Loix qu'il a impoſées lors de cette conceſſion, & les ſuivre à la Lettre, ſans conſidérer les Loix

de la ſituation ; en ſorte que toutes les fois que les titres de conceſſion n'auront rien prévu à cet égard, il faille recourir aux Loix qui s'obſervent dans le lieu dominant, parce que c'eſt à ces Loix que le Seigneur eſt préſumé s'être référé, ſoit pour la preſtation de la foi & hommage, ſoit pour la preſtation des Droits, & que cela eſt préſumé être ainſi tacitement convenu entre les parties ; mais ces raiſons ne me paroiſſent pas aſſez déciſives pour m'écarter de l'avis commun.

Je conviendrai, à la vérité, qu'il dépend de la volonté & de la deſtination du Seigneur dominant, de fixer lors de l'inféodation les Loix qui doivent régir les Fiefs, de maniere que dans les ſucceſſions, il faut ſuivre tout ce qu'il aura preſcrit, & il ne faut pas s'arrêter à ce qu'ont dit ces Juriſconſultes dont nous avons la déciſion, & qui penſent qu'il n'eſt pas au pouvoir du Seigneur dominant de ſouſtraire, dans le cas de la ſucceſſion, un Fief aux Loix du lieu où il eſt ſitué, & de l'aſſujettir aux Loix d'un autre.

Qu'avons-nous en effet de plus certain, ſi ce n'eſt que les Fiefs paſſent aux deſcendants, en vertu de la Loi de l'inveſtiture qui regle ordinairement le cas des ſucceſſions ? & c'eſt de-là qu'on dit communément que le Fief ſe regle par la convention & l'ancienne deſtination ; que la conceſſion eſt pour ſoi & pour ſes deſcendants ; qu'elle eſt pour les mâles, à l'excluſion des femelles, & pluſieurs autres déciſions ſemblables que nos Auteurs ont parfaitement établies : car nous ſuivons ce qui a été convenu entre les contractants, par préférence à toute autre Loi, parce que c'eſt celle de l'inveſtiture qui détermine la nature du Fief, comme dit Wameſ. *cent.* 5, *conſ.* 2, *n.* 3, & c'eſt ce dont preſque tout le monde convient. Burgundus, *dict. tract.* Grot. dans ſon Introd. *lib.* 2, *part.* 41, *n.* 8, *ibi Groenew.* Frédéric à Sandé, *ad conſ. feud. Geldriæ. D. loc.* où il décide notre queſtion ; & en vérité, eſt-il ſurprenant qu'un homme qui tranſporte ſa choſe, y impoſe telle condition qu'il juge à propos, puiſque nous voyons tous les jours que dans les contrats de mariage, on change l'ordre de ſuccéder preſcrit par la Loi de la ſituation, & que les diſpoſitions teſtamentaires d'un homme, même celles qui s'étendent à pluſieurs dégrés, font ceſſer la diſpoſition de la Loi ; mais dans le cas où il ne paroîtroit pas de Loi particuliere de l'inveſtiture, je ne croirois pas que le Seigneur dominant eût eu en vue les Loix de ſon

Fief, & je préſumerois plutôt que n'ayant point impoſé de Loi particuliere, il a abandonné le Fief à ſes propres Loix ; en ſorte que s'il n'a rien prévu par rapport à la maniere de ſuccéder, il n'a voulu faire aucun changement aux anciennes Loix qui dirigeoient ce fonds; & par conſéquent, puiſqu'au temps de la conceſſion, le fonds étoit régi par les Loix de la ſituation, pourquoi ces Loix qui n'ont point ſouffert d'atteinte, ne ſubſiſteroient-elles pas après cette conceſſion ? Car de même qu'une Loi nouvelle laiſſe ſubſiſter tout ce qui s'obſervoit précédemment, quand elle n'y déroge pas, de même s'il n'apparoît pas de nouvelle Loi, les Fiefs ſont régis par celles qui les gouvernoient avant que d'être Fiefs, ſans que l'on puiſſe admettre aucun changement, dès que par la Loi de l'inveſtiture, on ne voit pas que l'on ait voulu rien changer, & cette maniere d'argumenter de la Loi aux conventions, eſt fort approuvée par nos Interpretes du Droit. C'eſt pourquoi la raiſon qui fait que Frédéric à Sandé penſe que c'eſt par un droit particulier que, dans le retrait lignager, les Fiefs ſont régis par la Loi du lieu où ils ſont ſitués, qui eſt qu'il ne paroît pas avoir été, ni rien fait, ni rien prévu entre le Vaſſal & le Seigneur, quant à ce Droit de retrait, eſt celle qui me détermine à décider la même choſe de tout ce que je ne trouverai pas réglé, ſoit expreſſément, ſoit tacitement dans la Loi de l'inveſtiture, & d'en conclure que, puiſque le Seigneur ſupérieur n'a rien défini, il faut s'en tenir aux Loix qui avoient lieu avant l'inféodation.

Mais il eſt bon de remarquer en paſſant, que Frédéric à Sandé s'eſt trompé, lorſqu'il a dit que dans notre Province, le Droit de retrait lignager a lieu, tant pour les biens allodiaux, que pour les Fiefs, puiſque certainement ce Droit accordé au lignager, n'eſt pas connu parmi nous à Utrecht; & s'il ſe pratique par hazard dans quelque endroit, ce que j'ignore juſqu'à préſent, ce ne ſeroit pas une raiſon pour attribuer à toute une Province, ce qui ne s'obſerveroit que dans un petit canton ſeulement; & j'ai cru devoir relever ce qui eſt échappé aſſez inconſidérément à cet homme docte, d'ailleurs, dans la crainte que rapportant ici ce qu'il a aſſuré de notre uſage, je ne paruſſe l'approuver par mon ſilence. Que répondrons-nous donc à l'objection qui réſulte de ce que les conteſtations qui pourront s'élever au ſujet des Fiefs, ſont à traiter dans la Juriſdiction du Seigneur dominant, & de ce que par rapport à ces conteſtations,

il faut inſtruire la procédure, ſelon les uſages qui ont lieu dans cette Juriſdiction? car on ne peut pas douter qu'il n'y ait eu, entre les Parties, une véritable convention à ce ſujet. A quoi ſerviroit en effet l'érection d'une Cour & d'une Juriſdiction, ſi ce n'étoit pour y traiter les queſtions féodales, & y diſcuter quelles ſont les anciennes Loix de l'inveſtiture qui en doivent faire la déciſion? Or, quant à la procédure, c'eſt un principe qui n'eſt ignoré de perſonne, qu'il faut obſerver celle du lieu où la conteſtation eſt portée. Enfin, quant à ce qui eſt des charges des Fiefs, nous n'en reconnoiſſons point d'autres parmi nous, que celles qui conſiſtent en certaines ſommes qu'il faut payer au Seigneur, à chaque mutation, pour le droit d'inveſtiture: car il y a long-temps que les Vaſſaux ont été déchargés des devoirs militaires. C'eſt pourquoi Frédéric à Sandé appelle nos Fiefs d'Utrecht, des Fiefs francs, *ad conſ. Geld. tract.* 2, *tit.* 1, *cap.* 2, *n.* 19: quant aux Fiefs de Hollande, voyez Grotius dans ſon Introduction. Cependant chez nous, comme chez les Hollandois, les Vaſſaux ſont obligés au ſerment de fidélité. Je ne m'écarterai pas beaucoup de mon ſujet, en ajoutant ici une queſtion qui a été jugée derniérement dans notre Cour.

Un Seigneur n'ayant uſé de la Juriſdiction qu'il avoit dans l'étendue de ſon Village qui relevoit des Etats de la Province, que pour en vexer & en opprimer les Habitants, & cela par des Ordonnances qui étoient fauſſes & très-déraiſonnables, ce Seigneur fut privé de ſa Juriſdiction pour toute ſa vie, par Jugement du Conſeil; & cette maniere de priver ainſi un Seigneur de ſa Juriſdiction, eſt priſe & empruntée du Droit Civil, ſelon Chopin ſur Anjou, *liv.* 2, *tit.* 2, *n.* 3.

Il plut au Conſeil de ne le priver que du ſimple exercice de ſa Juriſdiction, & de lui en laiſſer la propriété, afin que ſa faute ne tombât que ſur lui-même, & non pas ſur ſes enfants qui étoient innocents: car comme aujourd'hui l'ancienne nature des Fiefs eſt fort changée, & qu'ils ont preſque été réduits à la condition des biens que nous poſſédons en pleine propriété; en ſorte que comme eux ils ſont dans le commerce, & que ſouvent étant acquis très-chérement, ils compoſent la meilleure partie de la fortune des Citoyens, bien différents en cela des fonds que le Prince accorde par pure libéralité, & qui ne peuvent pas être transférés à d'autres, ſans ſon conſentement, ce ſeroit une eſpece de confiſcation qui auroit lieu, s'ils étoient

acquis au Seigneur à perpétuité ; en ſorte qu'il a paru juſte de prendre un milieu, qui eſt de priver celui qui vexe & fatigue ſes Sujets du ſimple exercice de ſa Juriſdiction, pendant ſa vie ſeulement, & non pas de la propriété, qui eſt patrimoniale, & dans le commerce ; & ce magnifique avertiſſement que l'Empereur donne aux Juges, en ſa Nov. 17, *de mand. Princip.* a ici une application très-heureuſe. Il faut, dit cet Empereur, que les Juges mettent toute leur attention, lorſque quelqu'un leur paroît mériter une peine, de punir effectivement la perſonne, & de ne pas étendre la peine juſques à ſes biens, mais de les laiſſer à la famille, ou les abandonner à la Loi : car ce ſont les perſonnes, & non les choſes qui *délinquent*. Nos Juges furent excités à ne priver ainſi le Vaſſal, que de l'exercice de ſa Juſtice, ayant remarqué que par pluſieurs Jugements on en avoit agi en France trop durement, en ôtant au Vaſſal coupable la propriété de ſa Juriſdiction. On peut les voir dans Chopin, *ad conſ. Andeg. lib.* 2, *tit.* 4, *n.* 4 ; Tholoſ. *in Sintag. lib.* 6, *cap.* 20, *n.* 19 ; Charond. *lib.* 2, *reſpon.* 10 ; Papon. *liv.* 8, *tit.* 3, *Arrêt pénult. & liv.* 13, *tit.* 1, *Arrêt* 15.

Mais finiſſons ce petit écart, & reprenons notre queſtion. S'il s'agit de droits purs pécuniaires, il faut payer ceux que l'on eſt dans l'uſage de payer : car il n'eſt pas de meilleur interprete d'un acte, que la maniere dont il a toujours été exécuté, quoiqu'aujourd'hui la teneur de l'acte de l'inveſtiture contienne ordinairement la ſomme préciſe qui eſt dûe. Mais s'il n'eſt pas fait mention de la maniere, ni de la quantité, j'eſtimerois qu'il faudroit ſe régler ſur les Fiefs qui dépendent de la même Juriſdiction féodale ; & ſi les uns payoient de moindres ſommes que les autres, je ferois payer les moindres : car dans le doute, il faut preſque toujours prendre parti pour ce qui eſt moins onéreux ; mais il eſt rare de ſe trouver en pareil cas : c'eſt pourquoi je ne m'arrêterai pas plus long-temps ſur cet article, & je vais paſſer à des choſes qui arrivent fréquemment, & qui ſont ordinaires dans le commerce journalier des hommes.

## OBSERVATION XXVII.

RODENBURGH, dans ce Chapitre, agite pluſieurs queſtions; & la premiere de toutes eſt de ſavoir ſi des conjoints domiciliés dans des Coutumes qui leur défendent de s'avantager, le peuvent néanmoins, quant aux biens ſitués en Coutumes qui le permettent, *& vice verſâ.* Ce ſeroit ici le lieu d'agiter cette grande queſtion; mais j'ai cru devoir la remettre plus bas à l'Obſervation XXXV.

## OBSERVATION XXVIII.

RODENBURGH traite encore deux queſtions.

La premiere, quel eſt l'âge auquel on peut raiſonnablement fixer le pouvoir & la capacité de teſter.

La ſeconde, ſi la Loi qui fixe & détermine cet âge, étend ſon autorité par rapport à des héritages qui ſont ſitués ailleurs, & dans les Coutumes qui exigent un âge plus avancé.

Sur la premiere queſtion, il paroît qu'il n'approuve pas trop le pouvoir de teſter accordé à un jeune homme qui n'a atteint que l'âge de quatorze ans : cet âge eſt bien informe, dit Coquille. Notre Auteur n'oſe pas dire que l'âge de vingt-cinq ans ne ſoit un peu trop reculé, & il ſemble prendre parti pour les Coutumes qui fixent l'âge à dix-huit & à vingt ans.

Ricard, ſur *l'art.* 56, de la Coutume d'Amiens, trouve un autre défaut dans certaines Coutumes, en ce qu'elles permettent de diſpoſer de plus par teſtament qu'il n'eſt permis de diſpoſer entre-vifs : ce n'eſt pas, dit-il, que je ne trouve beaucoup à redire à la diſpoſition de nos Coutumes, auſſi-bien que du Droit Romain qui permettent à un moribond, dont l'eſprit eſt affoibli & travaillé de captateurs qui l'obſedent & lui font dire ce qu'ils veulent, de diſpoſer de plus par teſtament qu'il ne peut entre-vifs & en bonne ſanté.

Quoi qu'il en ſoit, nos différentes Coutumes ont leurs uſages particuliers & leurs Loix différentes, & il n'eſt pas douteux que l'homme doit y déférer. Par exemple, en la Coutume de Chartres, où par les Arrêts on a réglé qu'il falloit vingt ans pour diſpoſer de ſes meubles & acquêts par teſtament, & vingt-cinq pour diſpoſer du quint des propres ; il a été néanmoins jugé dans cette Coutume, conformément à *l'art.* 91, que les perſonnes mariées, quoique mineures, & au-deſſous de l'âge de vingt & vingt-cinq ans, peuvent comme mariés, diſpoſer par teſtament non-ſeulement de leurs meubles & acquêts, mais même du quint de leurs propres, ſuivant l'Arrêt du 19 Juillet 1701, rendu au rapport de M. Dreux, entre Philippe le Beau, Avocat au Parlement, & Nicolas Pierre ſieur de Villemain, Conſeiller au Préſidial de Chartres, & il a été ordonné que cet Arrêt

Arrêt ſeroit lu & publié au Bailliage & Prévôté de Chartres.

Il en eſt de même dans la Coutume de Poitou : l'âge pour pouvoir diſpoſer par teſtament de ſes immeubles & acquêts, & du tiers de ſes immeubles propres, eſt pour le fils, de vingt ans, & pour la fille, de dix-huit ans accomplis.

Quant aux meubles, il ſuffit de dix-ſept ans pour le fils & quinze pour la fille.

Mais cette Coutume ajoute, *ſi plutôt n'étoient mariés*, & l'on a jugé que cette diſpoſition de Coutume s'appliquoit aux propres comme aux meubles & acquêts, & qu'une femme mineure de dix-ſept ans avoit pu diſpoſer au profit de ſon mari de ſes meubles, acquêts & tiers de ſes propres, par Arrêt de la Grand'Chambre, au rapport de M. Rougeau, le 31 Juillet 1674, en conformité de l'Arrêt de Salo, rapporté par M. Conſtant, ſur cette Coutume, *pag.* 337.

La difficulté ne peut donc être que par rapport aux Coutumes qui ſont muettes, & qui ne définiſſent pas l'âge pour teſter. Dans ces Coutumes à quel âge peut-on faire un teſtament?

Ce ſeroit ici le lieu d'agiter cette queſtion ſi fameuſe, qui eſt de ſavoir ſi le Droit Romain eſt le Droit commun de la France, & ſi ce n'eſt pas à ce Droit Romain qu'il faut recourir dans le ſilence de nos Coutumes.

Je ſais qu'anciennement deux grands Magiſtrats ſe trouverent diviſés ſur cette queſtion. M. de Thou étoit déterminé en faveur du Droit coutumier, & M. Lizet, en faveur du Droit Romain, & les opinions de ces deux Magiſtrats ont conſidérablement influé dans la rédaction de pluſieurs de nos Coutumes, ſuivant que l'un ou l'autre y a préſidé.

Il faut convenir même que dans l'ancienne Juriſprudence, on ſuivoit pour l'âge de teſter dans les Coutumes muettes, la diſpoſition du Droit Romain; Ricard des Donations, partie premiere, *ch.* 3, *ſect.* 3; M. Bouhier, Coutume de Bourgogne, *pag.* 194 & 195; mais depuis, nos Auteurs aſſurent que la Juriſprudence a changé, & que quand une Coutume ne détermine pas l'âge pour teſter, on ſuit en tout la Coutume de Paris, en *l'art.* 253, qui exige l'âge de vingt ans, pour diſpoſer par teſtament des meubles, acquêts, & conquêts immeubles, & l'âge de vingt-cinq ans, pour diſpoſer du quint des propres.

La raiſon qu'on en donne, eſt que Paris étant la Capitale du Royaume, & ayant ſes uſages qui ont été réformés & cor-

rigés ſur ce qui étoit plus du gout de la Nation, & le plus univerſellement pratiqué, il étoit plus convenable de Coutume à Coutume, & dans le ſilence de quelques-unes, de ſe référer à celle de Paris, qui a ſagement diſtingué les meubles & acquêts d'avec les propres, & qui n'a, ni trop avancé, ni trop retardé le pouvoir d'en diſpoſer, plutôt que de recourir au Droit Romain qui fixe ce pouvoir indiſtinctement à un âge bien expoſé à la ſurpriſe & à la captation.

Pour autoriſer cette déciſion, on rapporte pluſieurs Arrêts, entre autres un du 5 Avril 1672, dans la Coutume de Valois. Dans cette Coutume on peut par *l'art.* 84, diſpoſer par teſtament de ſes meubles, acquêts & quint de ſes propres; mais cette Coutume ne fixe point l'âge pour faire un teſtament.

Un fils de vingt-deux ans, domicilié dans cette Coutume, avoit légué à ſa mere tous ſes biens meubles, acquêts immeubles & généralement tout ce qu'il pouvoit léguer. Si on eût fixé l'âge pour teſter dans cette Coutume à quatorze ans conformément au Droit Romain, le legs devoit emporter non-ſeulement les meubles & acquêts, mais encore le quint des propres; cependant par l'Arrêt le legs fut réduit aux meubles & acquêts ſeulement, en ſe conformant à la Coutume de Paris pour la diſpoſition des propres.

On en cite un autre de 1682, rendu en la quatrieme Chambre des Enquêtes dans la Coutume de Chartres; & enfin un dernier, du 31 Janvier 1702, qui eſt rapporté par M. Guy du Rouſſeaud de la Combe, dans ſon Recueil de Juriſprudence, *verbo*, âge, rendu dans la Coutume de Senlis, entre des domiciliés dans le Bailliage de Compiegne, qui a jugé la même choſe, & qui ſert de réglement dans cette Coutume; voyez le Brun, *des ſucceſſions*, *liv.* 3, *ch.* 5, *ſect.* 3, *n.* 12.

Ferriere en ſa petite Coutume de Paris, en deux volumes in-12, atteſte cette Juriſprudence, & dit que pour régler l'âge de teſter dans les Coutumes qui n'en diſpoſent point, on ſuit la Coutume de Paris, à l'exception des Coutumes d'Auvergne, la Marche & Bourbonnois, dans leſquelles on ſuit le Droit Romain, attendu les Lettres-Patentes de François I, qui portent que les cas omis dans leſdites Coutumes, ſeront ſuppléés par le Droit Romain. L'Arrêt de Chabanne l'a décidé pour la Coutume de la Marche, depuis les Arrêts qui avoient établi la maxime, à l'égard des autres Coutumes.

On doit encore excepter de la regle générale les Coutumes qui pour les cas omis, renvoient au Droit écrit : car pour lors le Droit écrit ſupplée, & c'eſt à ce Droit qu'il faut recourir.

Mais il paroît que cette Juriſprudence a encore changé, & que l'on a pris le parti dans ces Coutumes muettes pour l'âge de teſter, de ſuivre l'âge réglé pour diſpoſer entre-vifs. C'eſt ce qui a été jugé par un Arrêt de la Grand'Chambre, du 23 Janvier 1741, en faveur d'un teſtament fait par une femme âgée de vingt-deux ans, & domiciliée en Anjou, qui avoit légué à ſon mari tous ſes biens & le tiers de ſes biens. Dans cette Coutume on peut diſpoſer entre-vifs de ſes propres à l'âge de vingt ans, ſuivant *l'art.* 444; voyez les Arrêts de M. Nicolas Gui du Rouſſeaud de la Combe, fils de l'Auteur du Recueil de Juriſprudence.

Sur la ſeconde queſtion propoſée par notre Auteur, il décide que le Statut qui permet de teſter eſt purement & entiérement réel, & qu'il doit ſe régler par la Loi de la ſituation.

Sa raiſon eſt que ce Statut n'eſt pas fait pour régler l'état & la condition de la perſonne, que ſon objet eſt tout réel; c'eſt de régler les diſpoſitions & aliénations que l'on peut faire des choſes, & cela pour le cas ſeulement du teſtament, en ſorte que cette Loi eſt limitée, & toute renfermée à cette maniere unique d'aliéner.

De ces principes il conclut qu'il ne faut conſulter que la Loi de la ſituation, & qu'un homme qui eſt domicilié dans une Coutume où il faut vingt-cinq ans pour teſter, pourra néanmoins teſter à l'âge de dix-huit ou de vingt ans, des biens qu'il a dans une Coutume où il ne faut que dix-huit ou vingt ans; en ſorte que la même perſonne pourra être incapable de teſter dans le lieu de ſon domicile, & capable dans le lieu de la ſituation.

Cet avis n'eſt pas particulier à Rodenburgh. Nous avons pluſieurs Auteurs qui ont penſé comme lui; c'eſt l'avis de Hertius, *de colliſ. leg. ſect.* 4, *n.* 22. *Filiusfamilias teſtari Paduæ ex Statuto poteſt: quæritur an Paduenſis de bonis in extero territorio ſitis, & retro, an filiusfamilias exterus, Paduæ teſtari poſſit? Reſpondeo utriuſque (quæſtionis) deciſionem ex eodem principio pendere; nam ſtatutum eſt in rem conceptum, & conditio filiifamil. non eſt in diſpoſitione: hinc juxta regulam, Paduenſis de bonis alibi ſitis teſtari non poterit: utique verò exterus Paduæ.* C'eſt en-

core l'avis d'Abraham à Veſel, ſur les Conſtitutions d'Utrecht, *art.* 16, *n.* 18 : c'eſt celui de pluſieurs autres Auteurs recommandables dans la Juriſprudence que nous citerons ci-après, & c'eſt en particulier la déciſion de *l'art.* 12, de l'Edit de 1611 des Archiducs.

On peut mettre encore parmi les Auteurs qui embraſſent la réalité du Statut dont eſt queſtion, Conſtant, ſur *l'art.* 276, de la Coutume de Poitou; mais ſon eſpece eſt poſée avec peu d'attention : on ne voit pas diſtinctement où le teſtateur étoit domicilié, ſi c'étoit en Poitou ou dans le Pays de Droit écrit. C'eſt pourquoi Boucheuil ſur cet article, dit que le teſtateur étoit domicilié dans le Pays de Droit écrit, & avoit diſpoſé des biens qui y étoient ſitués; qu'autrement la déciſion de Conſtant ſeroit une erreur & contraire aux maximes.

La réalité du Statut qui permet de teſter, eſt appuyée de l'autorité de la choſe jugée.

C'eſt en effet ce qui ſe trouve avoir été jugé par l'Arrêt du 30 Mars 1647.

Un homme âgé de vingt ans, étoit domicilié à Amiens: dans cette Coutume il eſt permis par *l'art.* 56, aux mâles âgés de vingt ans, & aux femelles de dix-huit, de diſpoſer par teſtament de ſes meubles & acquêts, & du quint de ſes propres. Il avoit des biens régis, tant par cette Coutume d'Amiens, que par celle de Péronne, qui permet bien comme Amiens de diſpoſer à vingt ans de ſes meubles & acquêts, ſuivant *l'art.* 164, mais qui ne permet de diſpoſer du quint des propres qu'à vingt-cinq ans : la quotité des propres dont on pouvoit diſpoſer dans l'une & l'autre Coutume étoit la même; mais à Péronne, il falloit vingt-cinq ans, & à Amiens, il n'en falloit que dix-huit ou vingt.

Si la capacité de teſter avoit été regardée comme une capacité d'état & de condition qui dût ſe porter par-tout, les quotités étant les mêmes dans les deux Coutumes, la capacité que le teſtateur avoit à Amiens, devoit ſe porter dans la Coutume de Péronne : néanmoins par l'Arrêt ci-deſſus daté, on jugea que le teſtateur n'avoit pu diſpoſer du quint des propres ſitués à Péronne.

On étoit bien dans cette penſée que la capacité de teſter étoit toute réelle, lors de l'Arrêt de 1641, rapporté par Soëfve, & qui ſe trouve tranſcrit en entier par M. Jean Champy,

*pag.* 405, de ſes notes ſur la Coutume de Meaux. En voici l'eſpece.

Charles de Bredouil étoit âgé de dix-huit à dix-neuf ans : on ne voit pas bien par l'Arrêt où il étoit domicilié ; ce qui paroît certain, eſt que c'étoit dans une Coutume où l'âge pour teſter n'étoit pas fixé, & probablement c'étoit à Ponthieu. Il avoit fait un teſtament, & la premiere difficulté étoit de ſavoir, ſi dans une pareille Coutume il ſuffiſoit de l'âge de puberté comme chez les Romains, ou s'il falloit, eu égard au ſilence de la Coutume, ſe conformer à celle de Paris, & l'on verra ci-après que par l'Arrêt on a adopté ſur cette queſtion la diſpoſition du Droit Romain, qui étoit une Juriſprudence aſſez du gout de ce temps-là.

Charles de Bredouil par ſon teſtament avoit légué à ſon pere tous ſes meubles, acquêts, conquêts & quint de ſes propres, outre trois années du revenu du ſurplus de ſes propres, ſitués en Ponthieu.

Les biens du mineur teſtateur étoient ſitués à Amiens & en Ponthieu.

Après le décès du teſtateur, ſon pere, légataire univerſel, ſe pourvut pardevant le Juge de Ponthieu, où il demanda la délivrance des legs à lui faits par ſon fils.

Un couſin, héritier des propres, ſe pourvut, à ſon égard, au Siege de Montreuil, où il fit ordonner qu'il jouiroit de tous les propres du côté maternel.

Le pere interjetta appel de cette Sentence, & ce fut pour lors qu'on agita la queſtion de ſavoir par quelle Coutume on ſe détermineroit pour fixer l'âge de teſter. Le Teſtateur avoit, au jour de ſon teſtament, dix-huit à dix-neuf ans. Le pere ſoutenoit qu'il ſuffiſoit qu'il eût l'âge de puberté, quant aux biens de Ponthieu ; mais perſuadé que la capacité que pouvoit lui donner ſon âge de dix-huit à dix-neuf ans en Ponthieu, ne pouvoit pas ſe porter à Amiens où il en falloit vingt pour les mâles, ſe flattant, d'un autre côté, que, pour teſter, l'âge de puberté ſuffiſoit en Ponthieu, qui n'en détermine aucun, & où l'on peut diſpoſer du quint de ſes héritages, & non des trois années de revenus d'iceux, il fit ſa déclaration, portant qu'il ne prétendoit rien aux biens ſitués dans la Coutume d'Amiens, ni aux trois années de revenus des héritages ſitués en Ponthieu : en conſéquence la Cour mit l'appellation & ce au néant ; éman-

dant, après la déclaration du pere, il eſt ordonné que le ſurplus des biens légués, ſeroit baillé & délivré au pere, avec reſtitution des fruits, du jour de la demande.

Il paroît par cet Arrêt, 1°, qu'on ſe détermina pour l'âge de teſter en Ponthieu, par le Droit Romain : car le teſtateur n'avoit que dix-huit à dix-neuf ans, & il demeuroit dans une Coutume qui ne fixoit aucun âge.

2°. Que l'Appellant & ſon Conſeil eſtimerent que la capacité de teſter, étoit toute réelle, & ne pouvoit ſe porter dans toutes les Coutumes : s'ils l'avoient eſtimée perſonnelle, ç'auroit été fort mal à propos que le pere auroit renoncé aux biens dans la Coutume d'Amiens, parce que prétendant que ſon fils, âgé de dix-huit à dix-neuf ans, avoit eu la capacité de teſter par la Loi de ſon domicile, il auroit porté cette capacité à Amiens où il en falloit vingt.

Mais nous avons auſſi quantité de nos Auteurs qui ont eſtimé que le Statut qui permet de teſter, eſt un Statut pur perſonnel ; que ce droit de teſter eſt inhérent en la perſonne, l'affecte principalement, ainſi que la majorité & la minorité.

D'où ils concluent qu'ainſi que l'état de la majorité & de la minorité ſe porte par-tout, & pour tous biens, en quelques lieux qu'ils ſoient ſitués, le droit de teſter doit auſſi ſe porter par-tout, & généralement pour tous biens, excepté dans les Coutumes qui ont des diſpoſitions contraires ſur les quotités.

M^e. Jean-Marie Ricard, *chap.* 7 du Don mutuel, *n.* 331, eſt du nombre de ceux qui ont eſtimé la capacité de teſter perſonnelle, & qui en ont conclu qu'elle ſe portoit par-tout : ſi la capacité du donateur, dit cet Auteur, eſt révoquée en doute, elle doit être réglée par la Coutume de ſon domicile. C'eſt elle qui lui donne, ou qui lui refuſe l'habilité néceſſaire pour diſpoſer de ſes biens, ſa perſonne étant abſolument ſoumiſe à ſes Loix ; & ſi la Coutume, après avoir permis en général l'uſage des teſtaments & des donations, l'interdit, en particulier, à quelques-uns, c'eſt par une raiſon politique & perſonnelle ; de ſorte que ſi la Loi de ſon Pays l'a une fois reconnu capable pour cet effet, & ſi elle l'autoriſe de faire teſtament, par exemple, à l'âge de quatorze ans, il porte ſa capacité qui eſt attachée à ſa perſonne, en quelque lieu qu'il ſe trouve, & peut, pour ce regard, diſpoſer de ſes biens, en quelque lieu qu'ils

ſoient ſitués, combien que les Coutumes des lieux où il diſpoſe, & celle de la ſituation des biens, requierent un plus grand âge; & pour le ſoutien de cet avis, il rapporte deux Arrêts, l'un du 30 Mai 1625, & le ſecond rendu en la quatrieme Chambre des Enquêtes, le 10 Juillet 1656, ſur leſquels il eſt néceſſaire de faire quelques réflexions.

Mᵉ. Jean Marie Ricard prétend que l'Arrêt de 1656 a jugé qu'un Teſtateur âgé de 17 ans, domicilié dans une Coutume où l'on pouvoit diſpoſer à quatorze ans, avoit pu valablement diſpoſer des héritages ſitués en Angoumois, où il dit qu'il en faut vingt-cinq; mais j'ai remarqué en ma Queſtion 6, des démiſſions de biens, que cet Auteur, ſi excellent d'ailleurs, s'étoit trompé en cet endroit; qu'en Angoumois on peut, *par l'article* 119, faire un teſtament à dix-ſept ans; que dans l'eſpece de l'Arrêt, le Teſtateur étoit âgé de dix-ſept ans; qu'ainſi ſon teſtament étoit valable, ſoit que l'on conſidérât la Loi de ſon domicile qui n'en requéroit que quatorze, ſoit que l'on conſultât la Loi de la ſituation où il n'en falloit que dix-ſept, & je n'ai encore vu perſonne avant moi qui ait fait cette Obſervation importante.

Quant à l'Arrêt de 1625, cité encore par Ricard, & que je trouve auſſi cité par Tournet dans ſes Obſervations ſur *l'article* 292 de la Coutume de Paris, voici comme il s'eſt exprimé. » On demande ſi le Teſtateur domicilié à Paris, fait ſon teſta» ment des biens qu'il a, partie à Paris, & Partie en Norman» die, la Coutume de laquelle diſpoſe autrement pour les biens » qui y ſont ſitués, quelle Coutume doit être ſuivie. » C'eſt à la ſuite de ce diſcours qu'il cite l'Arrêt en queſtion, qui fit délivrance au légataire de la totalité d'une rente appartenant au Teſtateur, quoique le Teſtateur n'eût ſurvécu que quarante jours à ſon teſtament, & que par la Coutume de Normandie, il eût dû ſurvivre trois mois, & n'eût pu d'ailleurs diſpoſer que du tiers, & non de la totalité de la rente; d'où il ſuit, dit Tournet, que les Teſtaments ſe reglent par la Coutume du domicile, comme auſſi les rentes.

Cet Arrêt n'a nullement jugé la propoſition de Ricard, qui eſt que la capacité de teſter que donne la Loi du domicile, ſe porte dans les Coutumes de la ſituation, puiſqu'il s'agiſſoit d'une rente conſtituée; que dès-lors il ne pouvoit plus être queſtion de la Loi de la ſituation, & que l'on ſait que, ſuivant

la Juriſprudence du Parlement de Paris, de pareilles rentes ſe reglent toujours par la Loi du domicile.

La Thaumaſſiere, ſur la Coutume de Berry, *tit.* 18, *art.* 1, a adopté le principe de Ricard & la même conſéquence. La capacité de teſter ſe regle par la Coutume du domicile du Teſtateur : par exemple, *en cette Coutume* ( Berry ) *un Teſtateur à l'âge de dix-huit ans accomplis, peut teſter & diſpoſer même des biens qui ſont aſſis dans les Coutumes qui ne permettent de teſter qu'à vingt-cinq ans.*

Henrys, *tom.* 1, *queſtion* 105, a donné dans les mêmes principes ; il agite la puiſſance des Coutumes, & ſi elle peut s'étendre hors le territoire. Il dit que quand quelqu'un établit ſon domicile ſous une Coutume, il aſſujettit ſa perſonne aux Loix d'icelle, & c'eſt de cette Coutume qu'il tire ſon habilité ; c'eſt elle qui le rend capable, ou non de teſter, ou de contracter, ſans qu'il faille conſidérer pour cela les autres Coutumes.

Cet Auteur, comme l'on voit, met ſur la même ligne le pouvoir de teſter & le pouvoir de contracter ; & comme la capacité de contracter ſe porte par-tout, & pour tous biens, il eſt ſenſible que, ſuivant cet Auteur, il en faut dire de même de la capacité de teſter.

M. Brétonnier, qui a fait des remarques ſur cet Auteur, embraſſe cette déciſion. Il demande ſi un Habitant de Paris à qui la Coutume ne permet pas de diſpoſer par teſtament de ſes meubles & acquêts avant l'âge de vingt ans, & du quint de ſes propres avant l'âge de vingt-cinq ans, peut, avant cet âge, diſpoſer des biens qu'il a en Pays de Droit écrit, où il eſt permis de diſpoſer par teſtament de tous ſes biens, auſſitôt après la puberté, & il ſe détermine à dire que la capacité de dipoſer par teſtament, dépend de la Loi du domicile, & il cite, ainſi que Henrys, non pas un Arrêt rendu dans le cas d'un Teſtament ; mais l'Arrêt du 28 Août 1600, rapporté par M. Louet, *Lett. C, chap.* 42, qui a jugé qu'un Habitant d'Anjou, où on eſt majeur à vingt ans, & où la diſpoſition entre vifs, faite à cet âge, vaut pour les biens ſitués en Coutumes où la majorité eſt fixée à vingt-cinq ans, avoit pu diſpoſer de ſes biens ſitués en la Coutume de Senlis, où l'on n'eſt majeur qu'à 25 ans ; tant il eſt vrai que ces Auteurs ont argumenté de la capacité pour teſter, par les principes de la capacité pour contracter.

Dans ce ſyſtême il faut donner à la capacité de teſter, les mêmes

mêmes prérogatives, qu'à la capacité de diſpoſer entre vifs. Il faut régler l'une ſur l'autre, & à l'inſtar de la majorité, de l'émancipation, de l'interdiction, & de tous les autres Statuts perſonnels univerſels, & cette capacité de teſter ſe portera partout, & pour tous biens, comme tous les Statuts dont nous venons de parler.

A la vérité, ſi la Coutume du domicile donne la capacité de teſter de tous les immeubles, acquêts, & même d'une grande partie des propres, & que la Loi de la ſituation ne permette de teſter que d'une moindre portion, ſoit des acquêts, ſoit des propres, le Teſtateur ne pourra diſpoſer que de cette portion.

C'eſt ainſi que notre Auteur, à l'occaſion d'un certain Statut de Gueldres, qui défend de teſter de ſes biens propres, demande ſi les perſonnes du dehors peuvent diſpoſer de leurs biens, & il répond pour la négative, & confirme cette réponſe par l'autorité d'Evrard, en ſon *conſ.* 71. La raiſon qu'ils en donnent, eſt que dans ce cas, s'agiſſant de quotité, le Statut eſt réel en cette partie, à l'exemple de celui qui étant *ſui Juris*, par la Loi de ſon domicile, & pouvant donner entre-vifs tous ſes biens, ne peut néanmoins donner que le quint, ou le tiers de ceux ſitués en Coutumes qui ne permettent que cette quotité.

Auſſi la nouvelle Ordonnance des teſtaments de 1735, *art.* 79, n'a-t-elle rien voulu innover par rapport à la quotité des biens dont les teſtateurs peuvent diſpoſer, & elle renvoie aux diſpoſitions des Loix qui ſont obſervées à cet égard.

J'ai traité cette queſtion de la capacité du teſtateur aſſez amplement en mes Diſſertations mixtes, *queſtion premiere ;* mais comme elle eſt vraiment difficile, il doit être permis de fouiller de plus en plus ces ſortes de queſtions épineuſes. Examinons donc ces différents ſyſtêmes, & voyons:

1°. S'il eſt vrai que la capacité de teſter ſe prenne entiérement de la Loi de la ſituation, & ſoit purement réelle. Si cette capacité ainſi réelle peut opérer ſur un non domicilié, qui par la Loi de ſon domicile, eſt incapable de diſpoſer par teſtament.

2°. Examinons, ſi en accordant que la capacité de teſter ſoit perſonnelle, il faudra l'aſſimiler à la majorité, à la minorité, à l'interdiction, & s'il eſt vrai que l'homme qui aura l'âge

de teſter par la Loi de ſon domicile, pourra teſter des biens ſitués en Coutumes qui exigeront un âge plus avancé.

*Examen de la premiere queſtion.*

Je diſtingue deux choſes en ce qui touche les diſpoſitions teſtamentaires.

1°. La capacité de faire un teſtament, c'eſt-à-dire, de faire un acte de diſpoſition à cauſe de mort, *jus ipſum teſtandi, ipſa licentia teſtandi ſimpliciter;* un Philoſophe diroit, *licentia teſtandi ſumpta in abſtracto.*

2°. Les diſpoſitions voulues & ordonnées par le teſtament.

Je trouve cette définition fondée ſur pluſieurs de nos Coutumes. Meaux, *chap.* 5, *art.* 26; Sens, *tit.* 8, *art.* 68; Auxerre, *tit.* 12, *art.* 225; Troyes, Amiens, Péronne, Cambray, Tours, Angoumois, Saintonge, Saint-Sever, Bayonne, Sédan: elle eſt encore fondé ſur l'Arrêt de 1679, dont il ſera parlé ci-après.

En effet avant que de teſter de ſes biens, il eſt préalable d'avoir la capacité de faire un teſtament, c'eſt-à-dire, d'avoir le droit de vouloir, d'ordonner & de diſpoſer après ſa mort, comme il eſt préalable qu'un homme ſoit *ſui Juris*, avant que de pouvoir vendre & aliéner ſes biens.

La capacité de faire un teſtament n'eſt pas de Droit néceſſaire & indiſpenſable: c'eſt une capacité accordée par une eſpece de privilege, & un Droit particulier & municipal, comme nous l'allons faire voir tout à l'heure, à la différence de la capacité accordée pour les actes entre-vifs.

Les hommes font tous les actes de commerce par le Droit général de toutes les Nations, par un Droit néceſſaire & naturel, que nous pouvons par cette raiſon aſſurer être auſſi ancien que le monde.

Il eſt vrai que l'âge pour faire ces actes de commerce eſt différemment fixé chez les différentes Nations; mais elles s'accordent toutes en ce point, qu'il eſt néceſſaire qu'il y ait un âge où les hommes puiſſent être maîtres de leurs Droits, qu'ils puiſſent diſpoſer de leurs biens, & faire tous les actes de la ſociété civile.

Il n'en eſt pas de même des actes à cauſe de mort: l'homme diſpoſe pour un temps où il n'eſt plus de la ſociété des hommes, & par conſéquent ou il n'eſt plus propriétaire. Il n'eſt pas né-

ceſſaire pour l'utilité de la ſociété qu'il puiſſe diſpoſer de ſes biens par teſtament.

Je ſais que nos Auteurs diſputent entre eux ſur la queſtion de ſavoir, ſi le teſtament eſt du Droit des gens, ou du Droit civil, & que les avis ſont partagés ſur cette queſtion.

De très-grands hommes ont penſé que les teſtaments étoient du Droit civil; que c'étoit une Loi de grace & de faveur, & c'eſt l'avis de Décius ſur le *cod. tit. Qui teſtament. facere poſſunt. De Juris rigore,* dit cet Auteur, *videtur quod nullus teſtari poſſit, quia diſpoſitio teſtatoris confertur in tempus inhabile poſt mortem, quia mors omnia ſolvit, & facultas teſtandi ſit conceſſa hominibus de gratia.* Cet Auteur rapporte les objections qu'on peut faire contre cette déciſion. *Talis facultas videtur competere de jure communi, quia hæreditas repræſentat perſonam defuncti, & ipſo reſpectu defunctus etiam poſt mortem videtur retinere dominium quod poſtea hæreditate avita transfertur in hæredem, & nihil tàm debetur hominibus quàm ut ſupremæ eorum voluntates habeant locum, & quia talis facultas etiam competebat, & jure gentium, & obligatio poteſt conferri poſt mortem. Ergo idem per viam teſtamenti.* A ces objections Décius répond que le contraire, *probatur efficaci ratione, quia diſpoſitio confertur in tempus inhabile poſt mortem, ergo videtur conceſſa de gratia ſpeciali, quia de jure ſpeciali conceditur quod contra regulam conceditur.*

M^e Ch. du Molin, dans les notes qu'il a faites ſur cet Auteur en cet endroit, abandonne l'avis de Décius, & prétend que la faculté de teſter eſt du Droit des gens, & que ce n'eſt pas une grace. *Veritas eſt quod de jure communi, & non de gratia competit.*

Faber, *de erroribus pragmat. tom.* 1, *decad.* 36, *error.* 2, a agité la même queſtion, & il décide que cette faculté n'eſt pas du Droit des gens, mais qu'elle eſt toute du Droit civil. *Illud primum pro certo habendum eſt quod à vulgaribus interpretibus ignoratum, à nobis jam ſæpius traditum, probatumque eſt, teſtamenti factionem totam eſſe Juris civilis, nulla ex parte autem eſſe Juris gentium, nec ſolum ſi ſolemnitates ſpectemus, in quo ſane omnes conveniunt, ſed etiamſi originem, & rationem inducendorum teſtamentorum: etſi enim tam magna ratio fuit permittendi, aut potius inducendi factionem teſtamenti, ut vix ulla unquam gens fuerit quæ teſtamentis uſa non ſit, quia homo, ſicut*

*ad acquirendum natus eſt, ita magis nihil appetit quàm ut iis acquirat, & paret, quos velit ſibi mortuo eligere ſucceſſores, ipſa tamen ratio naturalis obſtabat ne teſtamentum facere ubivis gentium quiſquam poſſet; quoniam ſicuti nihil tàm eſt conveniens rationi, & æquitati naturali, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi; ita è contrario nihil eſt quod à naturali ratione magis abhorreat quàm ut quis transferat in alium plus Juris quàm ipſe habeat, aut ut Jus quod ipſe in præſenti habet, tranſlatione conferat in id tempus quod nullum jus ſit habiturus; nihil ſi quidem refert an de transferendo dominio agat is qui dominus non eſt, an vero is equidem qui dominus eſt, collatâ conventione in id tempus quod dominus non erit; quoniam diſpoſitio quælibet creditur facta eo tempore in quod confertur. Porro is qui teſtatur, licet eo tempore quo teſtamentum facit, dominus ſit rerum ſuarum, quas idcirco ſi vellet alienare inter vivos, pro arbitrio poſſet; confert tamen effectum ſuæ diſpoſitionis in id tempus quo amplius non erit dominus, id eſt poſt mortem ſuam; nec enim dominus eſſe poteſt qui mortuus eſt, quia hoc ipſo eſt nullus: unde & illud fit, ut in nullius bonis eſſe dicantur res hæreditariæ, antequam hæres aliquis exiſtat. Proinde vix eſt ut non de alienis bonis teſtari videatur etiam is qui de ſuis teſtatur, quod tamen abſurdum eſt; diſponit de rebus non ſuis, cum certo ſit eas deſiturus habere in dominio ſuo antequam diſpoſitio effectum ſortiatur. Ridiculum igitur eſt exiſtimare quod vulgus interpretum exiſtimat, teſtamenti factionem eſſe ex jure gentium, quæ nec aliam ob cauſam dicitur eſſe Juris publici, quàm quod ſit Juris civilis cujus partem conſtituit jus illud quod ſpecialiori denominatione publicum appellatur, ita ut Jure publico fieri dicatur, quod fit Jure teſtamenti. Nec quod afferunt interpretes teſtamentorum uſum apud omnes gentes receptum fuiſſe, & longe ante promulgatas Leges duodecim tabularum, ad rem facit. Cùm enim quæritur an quid ex Jure gentium ſit, an ex Jure civili, non tam illud inſpiciendum eſt, an apud omnes gentes obtineat, necne, quam utrum ex naturali ratione inductum ſit, an ex civili: ſi quidem quemadmodum jus omne æſtimatur, penaetque ex ratione, ita jus naturale, itemque jus gentium ex ratione naturali, hac ſola differentia, (ut hoc obiter dicam) quod jus naturale verſatur circa res quæ hominibus cummunes ſunt cum brutis animantibus, jus vero gentium circa eas quæ hominibus ſolis conveniunt, jus vero civile, eâ ratione civili:*

*alioqui dicendum erit hodie ſtipulationes eſſe Juris civilis, ſi earum origo ſpectetur, & ratio quæ ipſas induxit.* On peut encore voir le même Auteur, *Juris Papin. tit. 2, princip. 4, illat. 1ª.*

Le Cardinal de Luca a adopté ces principes, & ne ménage pas ceux qui penſent au contraire. *Factio teſtamenti, atque rerum ſuarum diſpoſitio poſt mortem, quando amplius non eſt dominus, atque annihilatus eſt, ideoque in tempore inhabili, non à jure naturæ provenit, ut inepte aliqui Litteræ famulantes, vel ſolam ſuperficiem callentes, opinantur, ſed à Legis civilis, vel poſitivæ benignitate.* Obſerv. 69, du Liv. intitulé *Conflictus Legis & rationis.*

C'eſt auſſi l'avis de M. le P. Bouhier, *ch. 25, n. 60, & ch. 28, n. 23*, où il dit que c'eſt avec plus de raiſon que l'on a penſé que le pouvoir de faire la deſtination de ſes biens pour un temps où l'on n'en eſt plus le maître, eſt purement du Droit civil des peuples qui ont jugé à propos de ſe donner cette autorité.

Au Chapitre 19, *n. 6*, ce Magiſtrat s'exprime d'une maniere encore plus préciſe. Naturellement, dit-il, les hommes n'avoient pas cette prérogative de teſter. Ils ne la tiennent que des Loix poſitives qui ont en cela bleſſé, en quelque maniere, le Droit naturel ; ce qu'elles ont donné, elles peuvent l'ôter, & par conſéquent, ou retrancher tout à fait ce privilege, ou ne l'accorder qu'à certaines conditions.

Il ſemble néanmoins que l'avis le plus commun eſt de diſtinguer entre l'origine & l'admiſſion des teſtaments, d'une part, & la forme & les ſolemnités d'iceux, d'autre. *Quantum ad originem & inventionem, ſive eſſentiam,* ils ſont *Juris gentium, quoad formam & ſolemnitatem,* ils ſont *Juris civilis.* V. Jul. Clar. *lib. 3, §. teſtament. quæſt. 2.*

Mais s'il étoit vrai que les teſtaments fuſſent du Droit des Gens, il s'enſuivroit que l'uſage des teſtaments ne pourroit être interdit, ſans violer le droit général & primitif. L'uſage des teſtaments ſeroit auſſi néceſſaire & auſſi inné dans l'homme, que l'uſage des actes entre vifs, & il faudroit raiſonner des uns par les autres.

Cependant la ſociété & le commerce pouvoient ſe ſoutenir ſans teſtaments.

Avant le Légiſlateur Solon, la République d'Athenes ne connoiſſoit pas les teſtaments ; un mourant pouvoit ſeulement

donner de la main à la main, quelque choſe à ſes amis. Deſiderius Herald. *rer. quotid. lib.* 1, *cap.* 17; Paulus Æmilius, *lib.* 2 & 3, *Hiſt. Franc.* & Tacite, *de moribus Germanorum*, diſent que les teſtaments étoient inconnus aux Allemands. Voyez encore Lambert Goris, *adverſar. Jur. ſubſ. tract.* 4, § 10.

Dans le Royaume de Pologne, par l'Ordonnance des deux Sigiſmond, conforme aux anciennes Coutumes, il eſt défendu de diſpoſer par teſtament de ſes immeubles, de quelque nature qu'ils ſoient, & c'eſt preſque anéantir l'uſage des teſtaments.

On prétend même que Charlemagne, Empereur & Roi de France, ôta aux Saxons la faculté de teſter, à cauſe des fréquentes rebellions qu'ils avoient commiſes, & que Louis le Débonnaire la leur rendit. Il ne faut donc pas raiſonner des actes teſtamentaires, comme des actes entre vifs. Les premiers ſont des actes de ſurérogation. Les ſeconds ſont de néceſſité indiſpenſable, & dès-lors les premiers ne peuvent venir que d'une Loi de grace & de faveur; c'eſt un préſent de la Loi. Les ſeconds ſont de droit & de rigueur; c'eſt une juſtice. Le droit de faire un teſtament eſt un privilege du Droit civil qui a été plus, ou moins étendu, ou reſtreint ſuivant les différentes mœurs des Nations.

C'eſt pourquoi *ii ſoli teſtamentum facere poſſunt quibus à lege permiſſum eſt;* & Faber, en ſa Juriſprudence Pap. *tit.* 8 *de pact. poteſt, princ.* 3, *illat.* 4, a fort bien remarqué que *quantum ad teſtamenti faciendi jus, lex de ſolo. patrefam. locuta eſt, nemo enim teſtamenti faciendi jus, & facultatem habet niſi à lege.* Au lieu que par rapport au droit de vendre, d'aliéner, &c. tout propriétaire a ce droit, *niſi forte à jure prohibeatur;* & l'on verra ci-après que ce ſyſtême s'accorde parfaitement avec la Juriſprudence des Arrêts.

Par le Droit commun & général, les furieux, les gens en démence, les interdits ne peuvent faire de teſtaments. Les muets qui en même-temps ne ſavent ni lire, ni écrire, ne le peuvent encore en France, & l'Ordonnance de 1735 y eſt conforme: pareillement ceux que la Loi a cru n'avoir pas encore le Jugement aſſez éclairé; tels ſont ceux qui ſont au-deſſous de l'âge preſcrit par les Coutumes.

A l'égard des furieux, des gens en démence, des interdits, leur incapacité eſt fondée dans la nature & dans leur état même. Tels gens ne peuvent vouloir, ou du moins ne le peuvent ſa-

gement, ni librement; c'eſt la nature qui les affecte. *Solemnitatem Juris gentium, id eſt conſenſum qui ex judicio procedat, non poſſunt adhibere.* C'eſt pourquoi ils portent ces incapacités par-tout.

Quant à ceux qui ſont déclarés incapables de teſter par des Ordonnances, ces incapacités ont lieu par-tout, parce que les Ordonnances étant duement enrégiſtrées, commandent aux perſonnes; c'eſt, à leur égard, la Loi qui les affecte.

Il en eſt de même des capacités de teſter prononcées par nos Coutumes; ce ſont des capacités perſonnelles, dont les perſonnes ſont affectées; mais capacités reſtreintes & limitées à la diſpoſition de certains biens, & voici où la difficulté commence à naître.

Nous avons un principe admis de tout le monde, qui eſt que *quoties de habilitate, aut capacitate perſonarum quæritur, domicilii leges & ſtatuta ſpectantur.*

C'eſt encore une autre maxime que *ſtatuta municipalia nunquam diſponunt ſuper capacitate, aut habilitate eorum qui non ſunt in poteſtate ſtatuti.* Suivant ces deux maximes, toute capacité perſonnelle, ſoit générale, ſoit particuliere, univerſelle, ou limitée, ſe prend de la Loi du domicile, & ne peut ſe prendre que de cette Loi.

C'eſt donc de la Loi du domicile que la capacité de teſter doit s'emprunter.

Mais ſi cela eſt, comment peut-on dire, avec Rodenburgh, que la capacité de teſter eſt toute réelle, & que celui qui n'a pas, dans le lieu de ſon domicile, la capacité de teſter, peut teſter dans une autre Coutume?

On ne peut pas nier que cette capacité n'ait été jugée perſonnelle par l'Arrêt de 1679. Cet Arrêt a décidé qu'une femme domiciliée à Paris, qui, pour teſter, n'a pas beſoin de l'autoriſation de ſon mari, n'en avoit pas eu beſoin pour teſter des biens de Bourgogne, où néanmoins la femme doit être autoriſée à cet effet. Voyez Baſnage, *art.* 417 *de la Coutume de Normandie.*

Mais (& c'eſt où ſe réduit la difficulté) de ce que cette capacité eſt perſonnelle, faut-il dire qu'elle doit, ainſi que la majorité, ſe porter par-tout, même pour les biens qui ſont ſitués ailleurs? Si cela étoit, pourquoi, ſuivant l'Arrêt de 1647, le domicilié à Amiens, où il ne faut que vingt ans pour diſpoſer,

même du quint des propres, n'a-t-il pas porté cette capacité à Péronne, où l'on peut pareillement diſpoſer du quint des propres, mais où il faut vingt-cinq ans ?

Sur cette diverſité d'Arrêts, chacun s'eſt fait un ſyſtême. Ceux qui ſe ſont laiſſés frapper par l'Arrêt de 1679, que nous venons de citer préſentement, ont raiſonné ainſi. La capacité de teſter ſe regle par la Loi du domicile, & elle a été jugée perſonnelle; donc cette capacité ſe porte par-tout, en quelque endroit que les biens ſe trouvent ſitués.

Ceux qui ont argumenté par l'Arrêt de 1647, ont dit : *la capacité de teſter à un certain âge, a été jugée ne pas ſe porter dans les Coutumes qui exigent un âge plus avancé;* donc cette capacité eſt réelle : & de ces ſyſtêmes de perſonnalité & de réalité, ils en ont tiré, les uns & les autres, les conſéquences ſi différentes que nous examinons préſentement.

Encore que ceux qui eſtiment que la capacité de teſter eſt perſonnelle, & que ceux qui eſtiment qu'elle eſt réelle, paroiſſent fort oppoſés, ne pourroit-on pas concilier ces deux avis, & les marier, en quelque maniere, enſemble, en rejettant néanmoins certaines conſéquences & certaines applications qu'en font nos Auteurs ?

Ne pourroit-on pas dire, avec M^e. Jean-Marie Ricard, MM. de la Thaumaſſiere, de Lauriere, Henrys, Brétonnier & quantité d'autres, que la capacité de teſter en général, eſt une capacité perſonnelle qui ſe prend de la Loi du domicile; mais en même-temps ſoutenir contre eux, que cette capacité, quoique perſonnelle, ne ſe porte pas de droit par-tout pour les biens ſitués ailleurs, & dans des Coutumes qui exigeroient un âge plus avancé, quand même ces biens ſeroient de la même nature, ou quand la Loi de la ſituation permettroit de diſpoſer de la même quotité ?

Ne pourroit-on pas dire auſſi, avec Rodenburgh & avec pluſieurs autres, que la capacité de diſpoſer par teſtament, eſt une capacité particuliere qui n'a pour objet que ce ſeul acte, qui n'enviſage uniquement que les biens, qui doit par conſéquent être renfermée & reſſerrée dans chaque Coutume, & à raiſon de ce, être dite réelle; mais auſſi ſoutenir qu'il n'eſt pas vrai d'en conclure, comme ils font, qu'un homme incapable de teſter par la Loi de ſon domicile, puiſſe être capable de teſter dans l'étendue de la Loi de la ſituation, ſi cette Loi en donne la capacité,

pacité, & conclure, en joignant ces deux idées, que la capacité de teſter eſt tout à la fois, & perſonnelle, & réelle? Perſonnelle, en ce que c'eſt la Loi ſeule du domicile qui la donne; & réelle, en ce qu'elle ſe borne aux biens renfermés dans le territoire du domicile, & c'eſt le cas de dire, avec M^e. Ch. du Molin, *in quantum ſtatutum agit in perſonam, reſtringitur ad ſuos ſubditos, in quantum agit & in res, reſtringitur ad ſitas in ſuo territorio. C. de ſumm. Trinit.* Eclairciſſons cette matiere.

Nous avons obſervé ci-devant, que nos Coutumes faiſoient diſtinction entre la capacité de faire un teſtament, & la diſpoſition des biens; une perſonne ayant pouvoir de teſter, diſent-elles, peut, par ſon teſtament, diſpoſer, &c. Ainſi il faut conſidérer ces deux choſes dans un Teſtateur, la capacité de faire un teſtament, & les biens dont il diſpoſe par ce même teſtament.

Cette capacité de faire un teſtament (on ne ſauroit trop le répéter,) eſt une capacité particuliere & municipale; il n'importe pas à la ſociété que l'homme ait le pouvoir de teſter. Une Loi, une Coutume pourroit impunément refuſer cette capacité, pendant qu'une autre l'accorderoit; c'eſt donc une capacité de Droit étroit, & ce qu'une Coutume ordonne à cet égard, n'a aucun rapport, aucune liaiſon avec ce qu'une autre pourroit ordonner.

Mais quoique cette capacité ſoit particuliere & municipale, & par cette raiſon qu'elle ſoit réelle, elle doit être encore perſonnelle: car pour faire un teſtament, il faut que l'homme ſoit rendu capable de diſpoſer à cauſe de mort; & c'eſt la Coutume du domicile ſeule qui peut donner cette capacité; elle eſt donc perſonnelle & réelle.

Non, dira-t-on, cette capacité étant particuliere municipale, & à cauſe des biens, il faut ſe renfermer dans chaque Coutume où les biens ſont ſitués, & ſe fixer par le Droit de chacune de ces Coutumes.

Mais réfléchiſſons bien que le teſtateur doit être rendu capable & habile à teſter, d'inhabile qu'il eſt par nature, & qu'il le ſeroit toute ſa vie, ſi la Loi ne lui accordoit pas cette habilité. C'eſt l'ambition de l'homme, ce déſir d'immortalité qui eſt gravé dans ſon cœur, qui lui a fait naître l'envie de commander, & d'ordonner même après ſa mort; auſſi le teſtament eſt-il appellé *typus & figura immortalitatis*. Mais la Loi pouvoit ne

pas autoriſer une pareille ambition, & l'homme ſeroit reſté dans ſon impuiſſance naturelle; d'où il ſuit qu'on ne ſauroit ſuppléer au ſilence de la Loi, & que l'homme reſteroit toute ſa vie incapable de teſter, ſi la Loi ne le déclaroit pas capable par quelque diſpoſition préciſe.

Or, pour former dans l'homme une pareille capacité, & le créer en quelque maniere habile à teſter, d'inhabile qu'il eſt par nature, il n'y a que la Loi du domicile qui puiſſe faire une pareille création, parce qu'il n'y a qu'elle qui ait droit & autorité ſur la perſonne.

C'eſt ce qu'exprime nettement Barthole, *ad leg. cunct. popul. cod. de ſumm. Trinit. Sed circa hoc dubitatur quod ſi Statutum diſponit circa perſonam ut quod filiusfam. poſſit facere teſtamentum, forenſis filiusfam. in illa civitate teſtatur, an valeat? Dico quod non, quia Statuta non poſſunt legitimare perſonam ſibi non ſubditam, nec circa ipſam perſonam aliquid diſponere.*

Gaiil en ſes Obſervations, dit auſſi la même choſe; nous en rapporterons les termes inceſſamment.

Nous avons ſur cette queſtion une déciſion bien préciſe dans Voët, en ſon Traité des Statuts, *ſect.* 4, *cap. n.* 12. Cet Auteur commence d'abord par décider que le Statut qui permet aux fils de famille de teſter, eſt un Statut perſonnel, & il demande ſi la capacité de teſter, du domicile, peut ſe porter ailleurs, & voici comme il décide, *judicarem illam perſonæ habilitatem ad bona alibi ſita ſeſe non extendere.* Il demande enſuite ſi celui qui eſt inhabile par la Loi de ſon domicile, pourra teſter ailleurs où il ſeroit habile, & il répond ainſi, *non videbitur, quia habilitas illa, vel qualitas non poteſt extra territorium addi perſonæ non ſubjectæ.*

Après de pareilles déciſions, que reſte-t-il à conclure, ſinon que la capacité de teſter eſt tout à la fois, & perſonnelle, & réelle perſonnelle, en ce que la perſonne qui eſt dans une incapacité de nature doit être néceſſairement habilitée, ce qui ne dépend que de la Loi du domicile, & réelle en ce qu'elle eſt renfermée dans ſon territoire, & ſur les biens ſeuls de ſon territoire?

En effet, de ce que cette capacité eſt perſonnelle, s'enſuit-il qu'elle ſe porte par-tout, pour les biens ſitués ailleurs, ainſi que ſe portent les capacités perſonnelles pour les actes entre-vifs? Non ſans doute, parce qu'à l'égard de celles-ci elles ſont de

Droit public, de Droit néceſſaire & indiſpenſable; au lieu que la capacité de teſter eſt de grace & de faveur, & nullement néceſſaire pour le bien de la ſociété, au moyen de quoi cette capacité, quoique perſonnelle, eſt néanmoins particuliere & municipale; ce qui la rend perſonnelle réelle, c'eſt-à-dire, perſonnelle, mais renfermée dans la Loi du domicile, & pour les biens qui y ſont ſitués.

C'eſt un principe général que l'autorité de chaque Coutume de Droit étroit ne s'étend pas au-delà du territoire, que hors delà elle eſt ſans force & ſans vertu. *Limitata cauſa limitatur effectus.* Parce que toute puiſſance eſt locale, *omnis poteſtas eſt localis*, diſent nos Auteurs.

Il eſt vrai que les Statuts perſonnels s'étendent au-delà; mais outre que ce n'eſt jamais de Droit, ce principe n'eſt d'ailleurs vrai que par rapport aux Statuts perſonnels qui ont pour eux la néceſſité générale de commerce & le bien de toutes les Nations. Otez ce motif, & cet accord en cette partie, vous retombez néceſſairement dans les bornes & reſtrictions du Droit commun. Chaque Coutume commande chez ſoi, & ne commande pas ailleurs.

Suivant ces réflexions, il faut inconteſtablement dire qu'un homme capable par la Loi de ſon domicile de teſter, ne porte pas cette capacité pour des biens ſitués par-tout ailleurs: parce que la Coutume du domicile, qui n'a pas en cette partie le concours du bien général, ne lui donne cette capacité que pour diſpoſer des biens qui ſont dans l'étendue de ſon territoire.

Si la perſonne capable par la Loi de ſon domicile de teſter, n'eſt, de Droit, capable de teſter que des biens ſitués dans l'étendue de ſon domicile, il ne s'enſuit pas que ſi la perſonne eſt incapable par la Loi de ſon domicile, elle ne ſoit incapable que dans ce lieu, parce que cette incapacité eſt une incapacité de nature, dont la Loi de la ſituation qui eſt étrangere à la perſonne ne ſauroit la relever, ne pouvant agir ſur la perſonne, & lui donner une capacité perſonnelle: ainſi l'incapacité dont la perſonne eſt affectée par la Loi de ſon domicile, ſe porte par-tout, & cela parce que l'impotent eſt impotent par-tout. *Finge edicto Ducis noſtri prohibitam minori annis 25, factionem teſtamenti, procul dubio inutile, & nullius momenti erit teſtamentum quod Sabaudus minor annis 25, etiam Romæ condiderit.* Fab. C. lib. 1, tit. 5, def. 3.

C'eſt pour ces ſortes d'incapacités que l'on peut dire avec Faber, *lib.* 1, *tit.* 5, *def.* 4, *C.* que *edictum Principis quoſcumque & ubicumque ligat ſubditos.*

C'eſt ainſi que par Arrêt du Parlement de Tournai, rapporté par M. Pinault, *tom.* 1, *Arrêt* 146, on a jugé qu'une femme, quoiqu'originaire de Tournai, domiciliée & mariée en ladite Ville, ayant depuis ſon mariage, ſuivi ſon mari à Mons, où la femme liée de mari ne peut pas diſpoſer par teſtament, ſi elle ne s'en eſt pas réſervé la faculté par ſon contrat de mariage, n'avoit pu diſpoſer des biens qu'elle avoit à Tournai, où la femme qui n'a point d'enfants peut teſter ſans le gré, accord & conſentement de ſon mari. La raiſon de l'Arrêtiſte eſt que la femme liée de mari étoit par la Loi de ſon domicile dans une impuiſſance d'état de diſpoſer par teſtament, & que la femme portoit cette impuiſſance d'état par-tout. Auſſi par cet Arrêt on jugea le teſtament nul & de nulle valeur.

Si cela eſt, dira-t-on, un homme ne pourra jamais teſter que des biens qu'il aura dans le lieu de ſon domicile, puiſque nous venons de dire; 1°. que s'il eſt incapable, il ne le peut en quelque endroit que ce ſoit; 2°. que s'il le peut par la Loi de ſon domicile, cette capacité n'a ſon effet que pour les biens ſitués dans l'étendue du domicile.

Mais la réponſe eſt prompte: l'incapable par la Loi de ſon domicile ne le pourra en aucun endroit : cela eſt vrai indiſtinctement pour ce cas; mais le capable le pourra dans les Coutumes qui prononceront la même capacité, non pas de Droit, non pas encore que la Coutume de la ſituation puiſſe jamais habiliter les non domiciliés; mais c'eſt que les trouvant habiles d'une habilité qui lui eſt convenable, elle reçoit volontiers cette habilité, & défere aux Coutumes avec leſquelles elle fraterniſe. C'eſt ainſi que dans pluſieurs occaſions, *populus vicinus vicini mores vult obſervare, ne multa geſta turbarentur.* Voët de Stat. ſect. 4, cap. 2, n. 17, & cap. 3, n. 17.

Ainſi la capacité de teſter eſt perſonnelle : delà on doit la tenir de la Loi du domicile; mais auſſi eſt-elle réelle? delà on devroit la renfermer dans l'étendue de la même Loi : c'eſt pourquoi je trouve que les Auteurs ont erré les uns & les autres, ſavoir Rodenburgh & ceux qui penſent comme lui, en ſoutenant que la capacité de teſter étoit toute réelle, & s'empruntoit de la Loi de la ſituation. Cette capacité premiere radicale

& fonciere eſt perſonnelle, & la Loi ne peut l'accorder qu'à des domiciliés; ſouvent même elle l'accorde à des mineurs qui ſont ſous la puiſſance d'autrui, & qu'elle rend, en quelque maniere, *ſui Juris* pour les actes teſtamentaires.

Mais les autres ont erré en ſoutenant qu'elle étoit toute perſonnelle, & en lui donnant tous les effets des Statuts perſonnels : car cette capacité, toute perſonnelle qu'elle eſt, eſt reſtreinte aux diſpoſitions teſtamentaires, à une nature de diſpoſition qui n'intéreſſe pas l'ordre de la ſociété, & par conſéquent qui doit être limitée dans la Coutume du domicile, & qui ne s'étend que par faveur dans celles qui fraterniſent; c'eſt l'effet de leur fraternité.

Mais la fraternité que j'exige, conſiſte dans la capacité de teſter au même âge, & des mêmes biens, encore que ces Coutumes ne permettent pas la même quotité de ces biens, & s'étendent à d'autre nature de biens.

Ainſi ſi une Coutume permet de diſpoſer, par teſtament, à vingt ans, des meubles, acquêts & quint des propres, & qu'une autre permette de diſpoſer au même âge, mais des ſimples meubles & acquêts, je dis qu'elles fraterniſent, en ce qu'elles accordent au même âge la capacité de teſter des meubles & des acquêts, & je borne là leur fraternité.

Concluons donc que la capacité de teſter eſt perſonnelle, mais que l'exercice de cette capacité, quant aux biens, eſt tout réel.

Mais que dirons-nous dans le cas où la permiſſion de teſter eſt accordée au même âge, qu'eſt accordée la majorité? Par exemple, *un Normand eſt majeur en Normandie à l'âge de vingt ans, d'une majorité pleine & entiere, & au même âge il a la capacité de teſter.* Portera-t-il cette capacité dans toutes les Coutumes, même dans celles où il faudroit un âge plus avancé?

L'on dira, d'un côté, que cette capacité eſt, dans cette Coutume, la même que celle que donne la majorité. Ce n'eſt pas une capacité de teſter avancée, c'eſt un majeur qui, comme majeur, peut teſter; par conſéquent cette capacité doit ſe porter par-tout, ainſi que la majorité.

On répondra, d'un autre côté, qu'encore que la capacité de teſter ait été fixée à l'âge de majorité, elle n'eſt pourtant en ſoi qu'une capacité particuliere qui n'a nulle liaiſon avec la majorité, parce que la majorité eſt fixée pour les actes de la ſociété

civile, qui ſont tous des actes néceſſaires; au lieu que la capacité de teſter n'eſt accordée que par pure grace, & pour la conſommation d'un acte que les Coutumes, chacune dans leur diſtrict, n'ont admis, qu'autant que cela pouvoit convenir à l'intérêt des perſonnes domiciliées chez eux.

D'ailleurs quelle eſt la matiere renfermée dans ces ſortes de Statuts qui permettent de teſter? Ce ſont les biens. Les Légiſlateurs ont eu en vue de permettre à un mourant de diſpoſer de ſes effets; & c'eſt en vue de cette permiſſion, mais qui eſt toute particuliere, qu'ils ont déterminé l'âge & la capacité de teſter, & il eſt indifférent que pour déterminer cette capacité, ils ſe ſoient modelés ſur la majorité, ou ſur un autre âge.

Je l'avouerai de bonne foi; lorſque je compoſai mes Diſſertations mixtes, je crus que le Statut, qui permet de teſter, étoit réel dans le ſens. 1°. Que cette permiſſion s'empruntoit de la Loi de la ſituation, de ſorte que l'on pouvoit être incapable par la Loi du domicile, & capable par la Loi de la ſituation. 2°. Que cette permiſſion étoit renfermée dans l'étendue de la Coutume qui l'accordoit; mais en même-temps j'ai cru que dans les Coutumes où l'âge de la majorité & l'âge pour teſter, étoient le même, comme dans la Coutume de Normandie qui n'exige que l'âge de vingt ans, tant pour les actes entre vifs, que pour les actes teſtamentaires, le domicilié dans ces Coutumes, portoit dans les autres ſa capacité générale, & pouvoit teſter même du quint des propres à Paris & dans toutes autres Coutumes ſemblables où il faut vingt-cinq ans, & je me déterminai, pour ce parti, d'autant plus volontiers, que je voyois dans beaucoup de nos Auteurs, qu'ils aſſimiloient la capacité de teſter, à la capacité de contracter, en ſorte qu'il m'a ſemblé pour lors, que ſi je refuſois à la capacité de teſter, détachée de la majorité, les prérogatives de la perſonnalité, il n'étoit pas poſſible de les lui refuſer, lorſqu'elle étoit accordée à l'inſtar de la majorité; mais comme les ſecondes réflexions corrigent les premieres, je ne rougirai pas d'avouer que je crois m'être trompé.

Je crois préſentement qu'entre la capacité de contracter & celle de teſter, il y a une grande différence à faire quant à la nature & à la qualité de ces capacités. La premiere eſt de droit général, & s'étend par-tout, & pour tous les biens. La ſeconde eſt de droit particulier & municipal, qui doit être renfermée

dans la Coutume qui a autorité ſur la perſonne. A la vérité, la capacité de teſter eſt perſonnelle, mais elle doit être renfermée dans l'étendue du domicile, ſans que celui à qui elle eſt accordée, en puiſſe réguliérement uſer pour des biens ſitués dans aucune autre Coutume, ſi ce n'eſt par une eſpece de fraternité dans celles qui ſont ſemblables.

Ainſi ce n'eſt pas une propoſition recevable, que celle que je trouve dans la Conſultation premiere, étant à la fin du Praticien de Lange, qui eſt qu'une Coutume qui permet à un mineur de teſter à vingt ans, ne contient pas une prohibition à un adulte au deſſous de cet âge, de diſpoſer par teſtament. Il eſt bien dans l'interdiction, puiſqu'il eſt dans une impuiſſance de nature.

Donc la capacité de teſter, priſe du côté de la perſonne, eſt perſonnelle; & priſe du côté de la choſe, eſt réelle : comme perſonnelle, elle ſe prend de la Loi du domicile; & comme perſonnelle réelle, elle eſt renfermée dans le même domicile, & ne peut s'étendre qu'à titre de fraternité dans les Coutumes ſemblables.

C'eſt ainſi que par Arrêt du 6 Septembre 1673, rapporté au Journal du Palais, l'on a jugé que la Demoiſelle de Canillac, domiciliée en Auvergne, qui ne fixe pas l'âge pour teſter, mais où le Droit Romain eſt la Loi originaire & principale, & où par conſéquent il ne faut que l'âge de puberté pour teſter, avoit pu, étant âgée de dix-ſept ans, diſpoſer, au profit de ſa mere, des biens ſitués, tant en Auvergne, que dans d'autres Provinces régies par le Droit écrit, parce que les Loix du domicile & de la ſituation des biens fraterniſoient.

C'eſt encore ainſi que par Arrêt du 25 Janvier 1716, on a jugé en la Grand'Chambre, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général de la Moignon, que la Dame Princeſſe d'Yſenghien, domiciliée à Paris, où il faut vingt-cinq ans pour diſpoſer du quint de ſes propres, avoit pu, à l'âge de vingt & un an, diſpoſer des propres qu'elle poſſédoit dans les Coutumes de Poitou & de Berry où cela eſt permis à dix-huit ans : elle étoit capable de faire un teſtament par la Loi de ſon domicile, & avoit l'âge requis par la Loi de la ſituation, pour diſpoſer des propres. Dict. des Arrêts de Brillon, *verbo* âge, *n.* 27.

Enfin, c'eſt encore ainſi que dans une eſpece contraire, on a jugé par l'Arrêt de 1647, qu'un homme domicilié à Amiens,

où il ne faut aux mâles que vingt ans pour disposer, par testament, de ses meubles, acquêts & quint de ses propres, n'avoit pas pu disposer du quint de ses propres situés en Ponthieu où il en faut vingt-cinq, *& quidem benè.* La capacité de faire un testament est toute personnelle ; mais la capacité de disposer de tels & tels biens situés hors le domicile, est toute réelle, & c'est pour ce cas que l'on peut dire, avec Me Ch. du Molin, que ce Statut *agit in certas res ad finem conservandi patrimonii, & sic est reale. C. de summ. Trinit.*

Dufresne, sur l'*art.* 56 de la Coutume d'Amiens, propose cette même question, & appuie sa décision de l'Arrêt de 1647. Ses raisons sont que les Coutumes n'ont lieu que dans leur détroit, & sont comme le Magistrat qui n'a droit & Juridiction hors son territoire ; que la Coutume d'Amiens est pour les Amiénois, *Jus civile, seu æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt ;* en sorte que la faculté donnée par la Coutume d'Amiens, aux mineurs, de disposer, par testament, du quint de leurs propres, ne doit s'étendre aux propres des Coutumes qui contiennent des dispositions contraires.

Il se forme à cet égard deux especes de principes : le premier est que les Statuts permissifs à l'égard des choses, *non debent extendi extra territorium statuentis, & ad bona alibi sita.* Le second est que le Statut prohibitif *in rem & respectu rei obligat disponentem, ubicumque fiat dispositio de tali re.*

Quant à ce dernier principe, il est vrai indéfiniment.

Mais quant au premier, il faut l'entendre sous cette modification, que le Statut permissif de tester, ne s'étend pas de droit *extra territorium statuentis, & ad bona alibi sita ;* mais qu'il s'y étend à titre de fraternité, quand ils sont conformes entre eux ; c'est la raison pour laquelle Amiens & Péronne fraternisant quant aux meubles & acquêts, la permission du Statut d'Amiens eût lieu, à cet égard, dans la Coutume de Péronne.

Mais proposons l'espece contraire à celle jugée par l'Arrêt de 1647. Le Testateur est domicilié à Péronne, & a vingt ans accomplis : pourra-t-il, ou ne pourra-t-il pas disposer du quint des propres qu'il a à Amiens ? Dufresne, sur l'*art.* 56 de la Coutume d'Amiens, agite encore cette derniere espece : il pose pour principe que la permission que la Coutume d'Amiens donne pour les choses, n'est donnée qu'aux personnes demeurant dans son

ſon territoire; d'où il conclut que l'Habitant de Péronne, âgé de vingt ans ſeulement, ne pourra pas diſpoſer du quint des propres qu'il aura à Amiens, non pas, dit-il, à cauſe de la prohibition de la Coutume de Péronne; car cette prohibition ne doit pas s'étendre hors de ſon territoire, mais en vertu de la Coutume d'Amiens qui le permet bien à ſes Habitants, mais non pas à tous autres.

Je conviens que la permiſſion que donne une Coutume de teſter des choſes, n'eſt donnée qu'aux domiciliés, & que de Droit écrit & rigoureux, cette permiſſion ne s'étend pas ailleurs; mais quand par la Loi de ſon domicile, on a la capacité en général de teſter, & que la Loi de la ſituation admet la même capacité, pour lors, à raiſon de la fraternité, l'homme uſe de ſa capacité, & l'applique à toutes les choſes auxquelles la Loi de la ſituation lui permet de l'appliquer.

Ainſi j'eſtime contre Dufreſne, que le domicilié à Péronne, & qui a vingt ans, pourra diſpoſer du quint de ſes propres à Amiens, quoiqu'il ne le puiſſe pas à Péronne, parce qu'il a la capacité de teſter, & qu'il a encore tout ce que, par diſpoſition réelle, la Coutume d'Amiens exige pour diſpoſer du quint.

Ce qu'il faut conſidérer dans ces occaſions eſt, ſi la perſonne qui a teſté, a, ou n'a pas cette capacité par la Loi de ſon domicile: car dès-lors il peut, ou ne peut pas teſter; s'il ne le peut pas, il ne le peut dans quelque Coutume que ce ſoit; mais s'il le peut, cette capacité perſonnelle s'exerce conformément aux Loix de la ſituation; il ſuffit qu'il ait l'âge que déſire l'une & l'autre Loi; en ſorte que ſi par la Loi de ſon domicile, il ne peut teſter que de certains biens ſeulement à raiſon de ſon âge, il pourra teſter par-tout, & même de tout ſans reſtriction, ſi la Loi de la ſituation n'exige que le même âge pour diſpoſer de tout; & cela parce qu'ayant la capacité de teſter, il a encore tout ce que la Loi de la ſituation exige pour diſpoſer du tout; mais ſi ayant la capacité de teſter par la Loi de ſon domicile même de tout, la Loi de la ſituation exige un plus grand âge pour diſpoſer de certains biens, l'âge requis devient une formalité réelle qui l'empêchera de teſter de ces biens.

L'économie de mon ſyſtême ſe trouve d'accord avec tous les Arrêts rendus juſqu'à préſent, & il n'y a que mon ſyſtême avec qui ils ſoient d'accord. Si vous dites que la capacité de teſter

est personnelle, votre langage est conforme à l'Arrêt de 1679 ; mais si vous ajoutez qu'elle se porte par-tout, vous décidez contre l'Arrêt de 1647 : si vous la dites réelle, l'Arrêt de 1647 y est conforme ; mais vous contredisez l'Arrêt de 1679 : dites-la personnelle réelle pour la renfermer dans le lieu du domicile, & ne l'étendre que dans les Coutumes semblables, les Arrêts se joignent à vous, & vous êtes d'accord avec les principes de cette matiere.

Ce système peut s'appuyer de plusieurs autorités, outre les autres que nous avons rapportées ci-devant. 1°. Nous avons celle de Gaiil. *lib.* 2, *Observ.* 124, *n.* 12 : *Idem quoque receptum, si consuetudo, vel Statutum circa personas aliquid disponat, vel statuat, puta habilitando eas, vel prohibendo aliquid : utroque casu extra territorium consuetudinis, vel Statuti non fit extentio per rationem prædictam, quod Statutum non possit effectum extendere ultra quam extendatur potestas statuentium ; exemplum in filiofamil. qui de jure communi testari non potest, nisi de bonis castrensibus ; sed si Statuto contrarium inducatur, testamentum à filiofam. vigore Statuti factum non extenditur ad bona extra territorium sita ; sed quoad illa intestatus decedit..... & hæc accipienda sunt de eo filiofam. qui Jurisdictioni statuentium subjectus est : nam is non solum in loco consuetudinis, sed etiam extra territorium vigore consuetudinis patriæ testari poterit de illis quæ sunt in territorio statuentium..... secus est in filiofamilias forensi, qui nec in loco consuetudinis recte testamentum facit, quia Statutum non potest habilitare personam non subditam, cùm sit locale stricti juris.*

Mais ce que cet Auteur ajoute ensuite forme une obscurité dans son avis. *Illud tamen meminisse oportet Statutum habere locum etiam in non subdito, quoad bona sita in territorio statuentium : si advena, vel forensis testetur in loco Statuti, & ibi bona habeat, valet ejus testamentum quoad bona ibi sita, quia Statutum afficit res ipsas.*

Ainsi plusieurs décisions dans cet Auteur, 1°. le fils de famille qui a capacité de tester par la Loi de son domicile, ne peut pas néanmoins disposer de biens situés ailleurs ; ce qu'il faut entendre, selon le Droit étroit & rigoureux, & non dans les cas où les Coutumes fraternisent.

2°. Le fils de famille qui n'est pas domicilié dans un lieu, & qui y a des biens, ne peut pas user de la faculté de tester ac-

cordée par la Loi de ce lieu, s'il n'y fait pas ſon teſtament.

3°. Mais il le peut, ſi quoique non domicilié dans le lieu, il y teſte & y a des biens, & c'eſt cette derniere conſéquence de Gaiil, & qui lui eſt commune avec Schotanus *diſp.* 8, *n.* 20, que j'attaque : car ſi le non domicilié incapable par la Loi de ſon domicile, & teſtant même dans un lieu de capacité, ne peut pas faire un teſtament valable, parce que le Statut où il teſte ne régit pas la perſonne & ne peut pas l'habiliter, comment pourra-t-il être habile ? Parce que deux circonſtances concourront. La premiere qu'il a des biens dans un lieu ; la ſeconde qu'il teſte dans ce lieu, puiſqu'on ſuppoſe la perſonne inhabile, & que *Statutum non poteſt habilitare perſonam non ſubditam.*

Si c'eſt parce que *Statutum afficit res*, mais dès lors le teſtateur même non domicilié, même teſtant ailleurs, pourra toujours diſpoſer de ſes biens, puiſque le Statut ſeroit tout réel ; & d'ailleurs dans ce ſyſtême même, il faudroit préſuppoſer néceſſairement que la perſonne ſeroit habilitée par le Statut des biens ; ce que néanmoins Gaiil ne veut pas.

Auſſi Gomeſ. *in L.* Taurinas *L.* 5, *n.* 2, a raiſonné plus conſéquemment.

Le texte de la Loi qu'il commente, porte que le fils, ou la fille, qui eſt ſous la puiſſance paternelle, peut teſter, ainſi que s'il en étoit affranchi. Il demande *an filiusfam. naturalis, & originarius hujus regni, ſi decedat in alio regno, poſſit ibi teſtari, mediante diſpoſitione noſtræ legis ? & breviter, & reſolutivè dico quod benè poterit teſtari de bonis exiſtentibus in iſto regno, non in alio : quia cùm lex, vel ſtatutum tangat, & concernat perſonam, comprehendit illam, licet in alio regno, vel territorio, & in conſequentiam trahitur, & extenditur ad bona exiſtentia in proprio regno, vel territorio originario : quoad bona verò exiſtentia in alio regno, vel loco, non poteſt teſtari, quia non poteſt lex, vel ſtatutum extendere effectum ſuum ultra quam extendatur poteſtas ſtatuentis : & eodem modo, & ratione dico, quod ſi filiusfam. alterius regni decedat in noſtro regno, non poterit teſtari de bonis hìc, vel ibi exiſtentibus, quia lex, vel ſtatutum non poteſt comprehendere perſonam ſibi non ſubditam. Argumento text. in L.* 1, *ff. de tuto. & curat. da. ab his text. in L. etiam, ff. de tutel. text. in L. ſi. Cod. de teſtam..... Nec obſtat quod quis non poteſt decedere pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quia procedit, & habet locum quando quis poteſt de omnibus teſ-*

*tari. Secus verò alias ut in L. fid. C. de inoff. testam. & in expresso ita tenet Barthol. in L. cunctos populos, C. de summ. Trinit. & fide Cathol. 9 col. n. 26. Bald. 9 col. n. 13, & communiter moderni in ista L. 5, final. verbis.*

Ancharanus *super 1°. decret. repet. super cap. Canonum Statuta*, n. 204, *sed circa personas quas statutum habilitat ad testamenti factionem (ut filiosfamil. testari) remanet forte dubium utrum tale testamentum filiifam. porrigat effectum suum extra territorium statuentium..... & conclude quod legitimatio personæ ad actum extenditur ad omnem locum, quoad potentiam exercendi illum actum, sed non extenditur ad bona extra territorium sita.*

Christinéus, *vol. 1, decis.* 283, *n.* 12, décide la même chose: *testamentum Antuerpiæ conditum ubi annos* 14 *natus testari potest, non valere in bonis Mecklinia sitis ubi testatoris ætas decem & octo annorum requiritur.* Voyez le même Auteur sur les Coutumes de Malines, *tit.* 19, *art.* 24, *n.* 5.

Malgré le peu de confiance que j'ai dans les décisions de Chalines, sur ce qu'il a écrit à l'occasion des Statuts personnels & réels, en sa méthode des Coutumes, *pag.* 127, je ne puis me dispenser d'observer que j'ai pensé comme lui. Il décide d'abord que la capacité de tester, accordée par nos Coutumes, est personnelle.

Delà il conclut par différentes applications, que l'homme porte cette capacité de tester par-tout, pour les biens situés dans l'étendue de la Coutume de son domicile; c'est-à-dire, qu'il en peut tester en quelque endroit qu'il se trouve.

2°. Que l'incapable, dans le lieu de son domicile, est incapable, même dans les Coutumes où il auroit l'âge de tester.

3°. Que le capable, dans le lieu de son domicile, n'est pas pour cela capable dans les Coutumes qui exigent un âge plus avancé, & ces décisions bien pesées, sont précisément l'extrait de tout ce que je pense sur cette fameuse question.

M. le Président Bouhier, *chap.* 24, *n.* 98 *& suivants*, est du nombre de ceux qui estiment la capacité de tester personnelle, ainsi que la majorité & les autres Statuts purs personnels. Il dit que c'est un droit inhérent à sa personne, & qui l'affecte principalement; que ce droit doit s'étendre sur tous ses biens indistinctement, parce qu'il seroit absurde qu'un mineur fût, au lieu de son domicile, jugé capable de disposer de ses biens, & qu'il fût incapable dans une autre Coutume.

Il n'excepte de cette déciſion générale, que les biens ſitués dans des Coutumes qui, par une diſpoſition réelle, défendroient de teſter de certains biens.

C'eſt pourquoi, ſelon ce Magiſtrat, ſi un mineur eſt domicilié dans une Coutume qui permet de teſter à l'âge de puberté, & que ſes biens ſoient ſitués dans une Coutume qui le lui défende avant vingt, ou vingt-cinq ans, il pourra néanmoins diſpoſer, par teſtament, des biens qu'il aura dans cette Coutume.

C'eſt ce qu'il dit au *nombre* 114, où, après avoir expoſé que ces termes des *articles* 292 & 293 de la Coutume de Paris, *toutes perſonnes ſaines d'entendement, âgées de vingt ans pour les meubles, de vingt-cinq pour les propres*, ne regardent que les perſonnes ſujettes à cette Coutume, dont ſeulement elle a droit de régler la capacité. Il en conclut que ſi un Bourguignon avoit des biens dans la Coutume de Paris, & qu'il en eût diſpoſé avant l'âge de vingt ans, ſa diſpoſition ſeroit valable, non-ſeulement pour ſes acquêts & conquêts immeubles, mais même pour le quint de ſes propres.

L'on voit que ce Magiſtrat aſſimile la capacité de teſter, à la majorité & à tous les autres Statuts purs perſonnels.

Il faut convenir que la diſpute ne peut jamais tomber que ſur les immeubles : car pour les meubles, ils ſuivent la Loi du domicile, & il ne ſauroit jamais y avoir de choc entre différentes Coutumes, en ſorte qu'il eſt aſſez inutile, quant aux meubles, d'agiter ſi le Statut qui permet de teſter, ou qui le défend, eſt perſonnel, ou s'il eſt réel.

La queſtion ne peut donc être agitée que par rapport aux immeubles; & quand on demande ſi la capacité de teſter eſt perſonnelle, ou réelle, c'eſt pour l'étendre, ou pour la reſtreindre, quant aux immeubles ſitués dans d'autres Coutumes.

Ceux qui prétendent que la capacité de teſter eſt pure perſonnelle, en concluent que celui qui eſt capable de teſter à l'âge de vingt ans, par la Loi de ſon domicile, peut diſpoſer de ſes immeubles diſponibles, ſitués dans des Coutumes où il en faut vingt-cinq.

Ceux qui ſont pour la pure réalité, prétendent, au contraire, qu'il ne faut conſulter que la Loi de la ſituation, & que tel qui eſt incapable par la Loi du domicile, peut être capable par la Loi de la ſituation.

Quant à moi je réunis les deux ſyſtêmes; la capacité de teſter eſt perſonnelle, elle eſt auſſi réelle, & je ne bleſſe en aucune maniere la déciſion portée par les deux Arrêts, ſur leſquels M. le Préſident Bouhier s'appuie. Le premier eſt celui du 8 Juillet 1679; c'étoit une Dame domiciliée à Paris, âgée de vingt ans, qui avoit teſté de propres ſitués en Bourgogne: elle avoit la capacité de teſter par la Loi de ſon domicile. La Loi de la ſituation ne s'oppoſoit, ni à la capacité qu'elle avoit, ni à la diſpoſition qu'elle faiſoit de ſes biens.

Il en eſt de même de l'Arrêt du 6 Septembre 1673, cité d'après M. Froland. La fille âgée de dix-ſept ans, avoit la capacité de teſter par la Loi de ſon domicile, & avoit diſpoſé de biens ſitués dans des endroits qui portoient la même diſpoſition.

Il eſt vrai que je n'ai formé ce ſyſtême que depuis mes Diſſertations ſur les Statuts, & je ne crois pas qu'auparavant les avis fuſſent partagés en plus de deux partis; celui de la pure perſonnalité, & celui de la pure réalité. Mes réflexions ſur toutes ces matieres, m'ont fait prendre le parti pour le Statut perſonnel réel, & je me flatte que mes raiſons me donneront des partiſans.

Ainſi je finirai toute cette Diſſertation par la déciſion de Grotius *in epiſt.* 467. *Videtur reſponderi poſſe ex artic.* 293, *Statut. Pariſienſium, ubi de forma ſive ſolemnitate teſtamenti agitur, reſpici locum conditi teſtamenti, ubi de perſona an teſtari poſſit, jus domicilii, ubi de rebus quæ teſtamento relinqui poſſunt, vel non, locum domicilii in mobilibus, in rebus ſoli ſitum loci.*

J'ai ci-devant rapporté un endroit de Me. Ch. du Molin, où cet Auteur dit que le Statut qui défend à un mineur de teſter de ſes immeubles, eſt réel; mais auparavant il décide qu'à l'égard du Statut qui permet au fils de famille de teſter, ce Statut eſt perſonnel; & à cette occaſion, il donne pluſieurs déciſions, dont quelques-unes ne ſont pas faciles à entendre.

Voici d'abord ce qu'il propoſe.

*Si Statutum dicit quod filiusfam. poſſit teſtari, ſubditus filiusfamilias poterit ubique teſtari, quantum ad jus teſtandi.*

Cette déciſion de Me Ch. du Molin confirme en pluſieurs choſes ce que nous venons de dire: 1°. que la capacité de teſter ſe prend de la Loi du domicile, puiſqu'il n'applique ſa dé-

ciſion qu'au fils de famille qui eſt ſujet du Statut, *ſubditus filiusfam.* C'eſt pourquoi deux lignes plus bas, il dit qu'un fils de famille qui ne ſeroit pas domicilié dans le lieu, ne pourroit pas teſter des biens qui y ſeroient ſitués, y fût-il actuellement préſent. *Sed exterus non poteſt etiam de ſitis in loco Statuti, etiam ibi exiſtens;* ce qui s'entend, ſans doute, d'un fils de famille étranger, c'eſt-à-dire, domicilié ailleurs, à qui la Loi de ſon domicile ne donne pas la même faculté. 2°. Que cette même capacité du domicile ſe porte par-tout en ce qui regarde le pouvoir de teſter, *poterit ubique teſtari, quantum ad jus teſtandi.* J'emploierai volontiers les mêmes expreſſions, pourvu qu'on les entende dans le ſens que cette capacité pourra par-tout être miſe en œuvre pour les biens du domicile, & ce n'eſt pas ce ſens qui m'embarraſſeroit; mais Me Ch. du Molin l'entend dans un ſens indéfini : car il ajoute, *etiam de ſitis ubique*, fût-ce même des biens ſitués ailleurs, & c'eſt cette conſéquence qu'il faut examiner.

La raiſon alléguée par Me Ch. du Molin, eſt que le Statut pouvant habiliter le fils de famille généralement pour tout, il peut l'habiliter pour certains actes en particulier, *quia Statutum poteſt illum generaliter emancipare, ergo quoad aliquos actus.*

Cette raiſon ne me paroît nullement pertinente. En effet, de ce que la Loi pourroit habiliter ſon ſujet pour tous actes, & de ce que cette habilité ſe porteroit par-tout, il ne s'enſuit pas que la Loi ne l'habilitant que pour quelques actes, ce ſujet puiſſe porter cette habilité particuliere par-tout, pour des biens même ſitués ailleurs, *etiam de ſitis ubique*, parce que l'habilité, pour tous actes, forme un état & une condition dans la perſonne qui de Droit général ſe porte par-tout & pour tous biens, excepté dans les Coutumes qui auroient des diſpoſitions pures réelles, qui ſeroient contraires; mais une habilité particuliere pour certains actes, (ſi ce n'eſt que ces actes ſoient perſonnels,) ne forme qu'une habilité reſtreinte qui de Droit eſt renfermée dans l'étendue du lieu qui la donne.

La déciſion ſuivante de Me Ch. du Molin, eſt tout ce qui forme l'embarras: *Quoties ergo Statutum principaliter agit in perſonam, & in ejus conſequentiam agit in res immobiles, non extenditur ad ſitas in locis, ubi jus commune, vel Statutum loci diverſum eſt, niſi hoc faciat, tollendo impedimentum perſonale*

*quod possit in suo subdito omnino tollere, ut jus patriæ potestatis.*

J'observerai en passant que Barthole, *au Cod. de sum. Trinit. n.* 38, a employé à peu près les mêmes expressions, *interdum vero reperiuntur Statuta permissiva tollentia obstaculum qualitatis personalis, ut ecce dicit Statutum quod filiusfam. possit facere testamentum.*

Cette remarque faite, je dis que le principe de Me Ch. du Molin est très-difficile à entendre.

Me. Ch. du Molin fait ici une proposition indéfinie, *quoties Statutum, &c. non extenditur, &c. nisi hoc faciat tollendo impedimentum personale, &c.* cette proposition paroît contraire à certaines décisions qu'il a données ailleurs.

En effet, si le Statut *quod removet impedimentum personale* s'étend par-tout, il en faut dire de même du Statut *quod apponit impedimentum personale*, & cela est même indispensablement nécessaire par rapport à cette derniere sorte de Statut, parce que l'impuissance personnelle est une négation de pouvoir personnel, qui rend nécessairement la personne impuissante par état.

Cependant Me Ch. du Molin n'a pas cru que toute impuissance personnelle dût agir sur les biens situés ailleurs. C'est ce qui se lit un peu plus haut, où il parle d'un Statut qui déclare nuls tous les contrats qu'un mineur peut faire sans le consentement de ses proches.

Ce Statut met certainement dans le mineur un empêchement personnel, & ce Statut *agit in personam.* Cependant Me Ch. du Molin décide que ce mineur pourra louer ses biens situés ailleurs, *sed bene extra locum prædia alibi sita.*

Dans mes Dissertations, sur la contrariété des Coutumes, *quest.* 20, *pag.* 434, j'ai fait mes efforts pour expliquer cet endroit de Me Ch. du Molin, qui m'a paru fort obscur, & peut-être que le commentaire est aussi obscur & aussi embarrassé que le texte.

Mais je crois être présentement en état, après de mures réflexions, de donner le véritable sens de Me Ch. du Molin, & un sens qui, sans s'écarter du premier que j'avois donné, rend plus exactement & plus intimement la pensée de ce grand Jurisconsulte.

Pour cela, je commencerai par observer que Me Ch. du Molin met une grande différence entre ce Statut, *quod filiusfam. possit*

*poſſit teſtari*, & celui-ci, dont il parle plus bas, *quod minor 25 annis, non poſſit teſtari de immobilibus.*

A l'égard du premier Statut, il le regarde comme un Statut perſonnel, qui donne au fils de famille un pouvoir, une capacité & habitude civile, qui, quoique bornée à faire un teſtament, eſt toujours en ſoi perſonnelle, & cela eſt clair juſques-là ; mais il ajoute que cette capacité ne doit pas être reſtreinte aux ſeuls biens ſitués dans le lieu du Statut, mais qu'elle doit s'étendre à tous les biens généralement du teſtateur en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués. *Quantum ad ipſum jus teſtandi, etiam de ſitis ubique.* Cette ſuite de déciſion doit-elle être admiſe, ou non ? C'eſt ce dont on pourra juger, après avoir lu ce que je viens de propoſer dans la préſente Obſervation ; mais quant à préſent, je ne veux que donner l'intelligence de cet endroit de M^e Ch. du Molin.

Quant au ſecond Statut, M^e Ch. du Molin le regarde comme réel, la prohibition étant reſtreinte aux ſeuls immeubles, & en cela je ſuis fort d'accord avec lui.

Ainſi, ſelon M^e Ch. du Molin, dans le premier Statut, le fils de famille eſt rendu capable de teſter d'une capacité d'état, qui eſt perſonnelle, & qui s'étend par-tout, & pour tous biens ; & dans le ſecond, le mineur n'eſt rendu incapable de teſter que par rapport aux ſeuls immeubles, & par conſéquent ſon incapacité eſt pure réelle.

Pourquoi le fils de famille (que je ſuppoſe être d'ailleurs dans l'âge requis par le Droit commun pour faire un teſtament,) n'en peut-il pas faire un ? C'eſt que, quoiqu'en âge, il en eſt empêché par l'obſtacle de la puiſſance paternelle.

C'eſt le ſeul empêchement qui l'arrête, puiſque nous le ſuppoſons en âge de teſter ; la Loi leve cet empêchement, la perſonne a dès-lors toutes les qualités requiſes de Droit commun, & ainſi, ſelon M^e Ch. du Molin, *poterit teſtari de bonis etiam alibi ſitis.*

Pourquoi préſentement, *exterus non poterit teſtari de bonis etiam ſitis in loco Statuti ?* C'eſt que cet étranger eſt domicilié dans une Coutume où la puiſſance paternelle l'en empêche.

Ainſi le Statut qui a droit de diſpoſer de la perſonne, & qui peut la ſouſtraire totalement, & pour tous effets, à la puiſſance paternelle, peut inconteſtablement ne la ſouſtraire que pour quelques actes ſeulement. La puiſſance paternelle eſt *impedi-*

*mentum perſonale quod lex poteſt in ſuo ſubjecto omnino tollere ;* mais c'eſt un empêchement que la Loi ne leve en cette occaſion que *quantum ad jus teſtandi ;* & néanmoins, quant à ce, la perſonne acquiert une pleine liberté de teſter, & elle peut diſpoſer par teſtament, comme toute autre perſonne libre.

Après cette déciſion, Me. Ch. du Molin poſe le principe ſur lequel il la fonde ; c'eſt ce qui paroît par ces termes exprimés, comme étant une ſuite de raiſonnement, & une preuve, *quoties ergò, &c.* & ce principe eſt que toutes les fois qu'un Statut agit ſur la perſonne en qui il ſe trouve quelque empêchement perſonnel, & qu'il agit conſéquemment ſur les biens ſitués ailleurs, ce Statut n'agit ſur les biens ſitués ailleurs, que parce qu'il leve l'empêchement perſonnel qui ſe trouve dans ſon ſujet, & qu'il eſt maître de lever.

Pour donc bien concevoir le paſſage de Me. Ch. du Molin, il faut entendre ces termes, *niſi hoc faciat tollendo impedimentum perſonale*, comme s'il étoit dit, *niſi quia tollit impedimentum perſonale ;* c'eſt-à-dire, que la Loi qui agit ſur la perſonne, & qui agit en conſéquence ſur les biens, n'y agit que parce que *tollit impedimentum perſonale.*

Pour d'autant mieux éclaircir ce que je viens de dire, je vais apporter un exemple d'un Statut qui y a une juſte application.

Dans la Coutume de Paris, la femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, comme l'enfant, dans le Pays du Droit écrit, eſt ſous la puiſſance de ſon pere.

Mais dans la Coutume de Paris, la femme eſt libre pour les actes teſtamentaires, comme l'enfant ſous la puiſſance paternelle, eſt libre pour teſter, quand la Loi du domicile le permet.

Si la femme, dans la Coutume de Paris, peut teſter ſans l'autoriſation de ſon mari, c'eſt que la Loi, à cet égard, a levé tout empêchement perſonnel.

Si l'enfant, ſous puiſſance, peut teſter, c'eſt que la Loi l'a émancipé à cet effet.

Selon Me. Ch. du Molin, ce pouvoir de teſter ſe portera partout, parce que la Loi a levé l'empêchement perſonnel qui naiſſoit de la puiſſance paternelle ; ainſi ce Statut qui agit ſur la perſonne & ſur les biens, ne s'étend ailleurs, que parce que l'empêchement perſonnel eſt levé, & c'eſt dans ce ſens qu'il faut prendre ces termes, *Niſi hoc faciat, tollendo impedimentum perſonale.*

L'on va préſentement entendre Me. Ch. du Molin, en paraphraſant ce qu'il dit ici : ſi le Statut porte que le fils de famille peut teſter, le fils de famille qui ſera ſujet par ſon domicile à ce Statut, & qui par ce Statut acquiert une pleine liberté de teſter, pourra teſter en quelque endroit qu'il ſe trouve, des biens mêmes ſitués ailleurs, & ce quant au droit de teſter ; c'eſt-à-dire, quant au pouvoir & à la capacité de teſter, parce que la perſonne pouvant ceſſer d'être fils de famille, par une émancipation entiere, il n'y a pas de difficulté qu'il peut ceſſer d'être tel, quant à la capacité de teſter ſeulement, par une émancipation *ad hoc ;* mais l'étranger, fils de famille, qui, par la Loi de ſon domicile, n'aura pas la même capacité, ne pourra pas teſter de ſes biens, encore qu'il teſtât dans le lieu qui émancipe à cet effet, & que ſes biens y fuſſent ſitués ; il faudroit pour cela qu'il y fixât ſon domicile. Toutes les fois donc que le Statut agira ſur la perſonne, & par ſuite, & par conſéquence ſur les biens, il ne s'étend ſur les biens ſitués dans les lieux où le Droit commun eſt différent, ou bien même dans les lieux qui admettront une autre Loi, que parce que le Statut du domicile de la perſonne l'a conſtituée habile par état, en levant en elle un empêchement dont elle étoit affectée, & dont la Loi peut affranchir ſon ſujet, telle qu'eſt en effet la puiſſance paternelle.

Je ne fais que donner ici l'explication du paſſage de Me Ch. du Molin. C'eſt à mes Lecteurs à juger du fonds de la déciſion, en ce qui regarde la capacité de teſter, après ce que je viens préſentement d'expoſer.

Au ſurplus, pour revenir à notre queſtion générale, il n'y auroit pas d'inconvénient que par une Loi préciſe, on fixât pour l'avenir la capacité de teſter par la Loi du domicile, & qu'on ordonnât que cette capacité ſe portât par-tout, en donnant à la capacité de teſter les mêmes prérogatives, qu'à la faculté générale de contracter.

Il ſeroit peut-être auſſi plus court de juger cette capacité toute réelle, en adoptant en cela les *Art.* 11, 12, 13 de l'Edit des Archiducs de 1611 ; quoique, je l'avoue, il me parût bien extraordinaire qu'un homme incapable dans le lieu de ſon domicile, d'une incapacité de nature, fût néanmoins capable ailleurs.

Mais dans l'état actuel des Loix, on ne peut, ſelon moi, regarder la capacité de teſter autrement, que comme perſonnelle réelle, & en tirer les conſéquences que je viens d'indiquer.

## OBSERVATION XXIX.

RODENBURGH, aux *nombres* 12, 13, 14 & 15, traite pluſieurs queſtions qui concernent la communauté d'entre les maris & femmes; & il demande ſi la Loi qui met en communauté ceux qui ſont conjoints par mariage, appartient à la claſſe des Statuts réels, ou ſi elle appartient à celle des Statuts perſonnels.

Il examine cette queſtion générale par la diſcuſſion de quelques eſpeces particulieres.

Il ſuppoſe, pour premiere queſtion, des conjoints domiciliés dans des Coutumes ou la communauté eſt de tous biens, même de ceux à eux appartenants au jour de leur mariage. Ces conjoints conviennent entre eux d'une pareille communauté, & il demande ſi cette communauté générale convenue aura lieu, quant aux biens d'auparavant le mariage, ſitués dans des Coutumes où pareille communauté n'eſt pas admiſe; & ſur cette premiere queſtion, il n'enviſage pas préciſément ſi la communauté de biens entre conjoints eſt perſonnelle, ou réelle, & il ſe borne à ſavoir ſi dans les lieux où les biens ſont ſitués, cette convention faite par contrat de mariage, emporte de droit une tradition réelle, une tranſlation & une communication de propriété, au profit de l'un & de l'autre des conjoints, à l'exemple d'une ſociété contractée de tous biens entre particuliers, qui, dans preſque tous les Pays-Bas, par un concert général, emporte d'elle-même une tradition du moins tacite, entre tous les aſſociés; & dans ce cas, il eſtime que les biens deviennent communs; que ſi quelques-unes des Coutumes de la ſituation n'admettent pas une pareille tradition & communication au profit de l'un & de l'autre, il eſtime qu'à la vérité, les biens qui y ſeront ſitués, ne ſeront pas communs de plein droit; mais que l'autre conjoint ſera fondé à agir par action de ſociété, pour obtenir moitié en nature, ou une indemnité réſultante de l'inexécution de la convention.

La ſeconde queſtion eſt de ſavoir ſi cette communauté générale ainſi convenue entre conjoints, aura du moins lieu pour les acquiſitions que l'un, ou l'autre peut faire pendant le ma-

riage, dans des endroits qui n'admettent pas une pareille tradition & communication de biens.

Nous venons de voir ſur la premiere queſtion, que par rapport aux biens d'avant le mariage, il eſtime que preſque partout, à l'exemple des ſociétés ordinaires, il ſe fait une tradition au moins tacite de ces biens, en vertu de la convention matrimoniale, & qu'à raiſon de ce, ils deviennent communs; mais il ne croit pas qu'il en ſoit de même des biens acquis depuis le mariage, dont il prétend qu'il ne ſe fait, ni de plein droit, ni tacitement aucune tradition, en ſorte que ces acquiſitions étant ſituées en Pays où il faut une tradition réelle au nom de tous les deux, ces acquiſitions ne ſeront pas communes, ſi la tradition n'a été faite qu'au nom d'un ſeul, & que l'autre conjoint n'aura qu'une action pour demander moitié dans la choſe.

Tels ſont, ſelon Rodenburgh, les principes généraux ſur cette ſeconde queſtion; mais il obſerve qu'ils ſont de peu d'uſage, parce que dans preſque toutes les Nations, ce qui eſt acquis par l'un des conjoints, & dont il prend ſeul poſſeſſion réelle, eſt préſumé être acquis, & la poſſeſſion être priſe par tous les deux, & au nom des deux, excepté quant aux Fiefs qui, pour ne point bleſſer les droits du Seigneur, n'appartiennent qu'à celui des conjoints qui a été inveſti, l'autre n'ayant action que pour demander part dans le prix d'iceux.

Ce raiſonnement de Rodenburgh eſt conforme à celui d'Abraham à Weſel, dans ſon Traité particulier, *de quæſtuum inter conjuges communione, n.* 219, *interdùm autem evenit maritum ſtante matrimonio comparare inibi latifundia, ubi nulla inter virum & uxorem rerum ſocietas eſt, ſed omnia acquiſita mariti lucro cedunt, quo caſu dubitatum eſt an & hæc prædia uxori communia ſint;* & voici ce qu'il dit, *rectè à Doctoribus reſponſum eſt etiam uxorem horum prædiorum dimidium habituram, cùm de quæſtibus nuptiale pactum eſt conventio in quaſvis res ſoli, regionumque omnium tranſitoria; itaque ſi maritus ſe adversùs uxorem prædiaria lege tueri velit, illa pacti conventi exceptione eundem repellet: quod ſi maritus à judice rei ſitûs deffendatur, qui ſecundùm ſuas leges acquiſitum marito proprium, nec uxori communicandum eſſe judicare præſumat, in erciſcunda familia ſemis æſtimationis uxori præſtandus erit.*

Après que notre Auteur a diſcuté ces deux queſtions qui

ſont pour le cas où il y a communauté convenue entre les conjoints, il paſſe aux queſtions qui regardent la communauté coutumiere & légale, & c'eſt pour lors qu'il agite celle de ſavoir ſi le Statut qui admet la communauté eſt perſonnel ou réel. Il rapporte les avis différents de nos Auteurs, dont les uns l'ont cru perſonnel & les autres l'ont cru réel. Il obſerve qu'encore que l'effet du Statut perſonnel ſoit de s'étendre & d'avoir lieu par-tout, & qu'au contraire l'effet du Statut réel ſoit d'être renfermé dans l'étendue du territoire, cependant Burgundus qui a eſtimé que le Statut de la communauté étoit perſonnel, croyoit néanmoins qu'il devoit être renfermé dans ſon territoire, & notre Auteur le réfute par les exemples des Loix qui déterminent l'état & la condition d'un prodigue, d'un pupille, d'un mineur, &c. tous leſquels Statuts étant perſonnels, s'étendent par-tout: & pour la déciſion de la queſtion de la communauté, il admet, comme M^e Ch. du Molin, dans les conjoints qui ne ſe muniſſent pas d'un contrat par écrit, une convention tacite dès le moment de leur mariage, & cette convention tacite fait que la Loi où ils contractent mariage, devient à leur égard un véritable contrat; de ſorte que, quand les conjoints ſont mariés en Coutumes qui admettent la communauté, ils ſont préſumés être convenus entre eux qu'ils ſeroient communs, & que ſi, au contraire, ils ſont mariés en Coutumes qui la rejettent, ils ſont préſumés la rejetter pareillement.

D'où il conclut que par-tout, & en quelque endroit que les conjoints acquierent, ils ſont, ou ne ſont pas en communauté, ſelon que la Loi où ils ont contracté mariage, l'admet ou la rejette, en ſorte qu'il donne à la Loi devenue un contrat tacite, le même effet qu'à une convention expreſſe.

Il en excepte néanmoins le cas où les biens acquis ſeroient ſitués dans une Coutume qui prohibe la communauté, auquel cas il dit qu'il naîtra de la convention expreſſe, ou préſumée une action en indemnité. Il ajoute que ſi les conjoints étoient mariés dans une Coutume où la communauté n'eſt pas admiſe, & que néanmoins ils en ſtipulaſſent une expreſſément, elle auroit lieu dans tous les endroits qui l'admettent de Droit, ou qui ne l'admettant pas, n'en rejettent pas la convention.

Tout ce ſyſtême ſur la communauté légale, réduit à ſa juſte valeur, & ramené à nos mœurs, tend à dire :

1°. Que la communauté de biens admiſe dans la Coutume où les conjoints contractent mariage, eſt toujours conventionnelle, ou d'une convention expreſſe, lorſque les parties en ſtipulent une, ou d'une convention tacite, lorſqu'elles ne dérogent pas à la Coutume.

2°. Que cette convention, ſoit expreſſe, ſoit préſumée, a lieu par-tout, excepté dans les lieux qui la prohibent.

3°. Que quand la Coutume du mariage eſt excluſive de communauté, cette excluſion devient pareillement de convention, & ſe porte par-tout; mais à cet égard ſans exception.

4°. Que les conjoints mariés en Coutumes, où la communauté n'eſt pas de Loi, peuvent ſtipuler une communauté qui aura lieu dans les Coutumes qui l'admettent, ou qui n'en rejettent pas la convention.

5°. Enfin que ſi la Coutume de la ſituation eſt prohibitive de la communauté admiſe dans la Coutume du mariage, pour lors il y aura action en indemnité.

Ainſi, ſelon notre Auteur, la communauté légale & coutumiere eſt perſonnelle, non pas comme légale & coutumiere, mais comme préſumée conventionnelle, & elle eſt perſonnelle dans ce ſens que quand elle a lieu, elle produit une action perſonnelle pour obtenir la choſe, ou le prix de la choſe.

Si Rodenburgh, & ceux qui penſent comme lui ne donnent pas toujours aux conjoints part dans les effets même & en nature, on ſent aſſez que cela ne dégénere qu'en pure cérémonie, puiſque, ſi tous les biens ſe trouvoient en Coutumes prohibitives, & qu'il n'y eût pas d'autres biens, il faudroit néceſſairement les vendre pour payer l'indemnité; ce qui eſt indirectement admettre la communauté dans ces Coutumes.

Mais cela ne ſe fait pas, *in vim ſoliùs Legis*, mais en vertu de la Loi aidée & accompagnée d'une convention du moins tacite; en ſorte que ce n'eſt pas, comme nous venons de le dire, la Loi de la communauté purement ſtatutaire qui ſe porte ailleurs, mais c'eſt la Loi devenue convention.

C'eſt ce qui donne à connoître que nos Auteurs ont regardé la Loi toute ſeule, comme une Loi réelle qui devoit être renfermée dans ſon territoire.

Ceux qui ont adopté la réalité du Statut ſe mettent peu en peine de ſavoir quelle peut être la Loi du domicile matrimonial, ſi elle admet, ou ſi elle rejette la communauté; ils ſe

fixent uniquement à ſavoir ce que la Loi où les biens ſont ſitués ordonne à cet égard ; en ſorte que les conjoints partageront comme aſſociés dans une Coutume, & ne partageront pas dans l'autre. Ici la femme aura une plus forte portion, là elle l'aura plus foible. Ici la femme, outre la propriété de ſa portion, jouira encore de l'autre portion des conquêts, & là elle n'en jouira pas.

Ceux, au contraire, qui ont adopté la convention tacite la réferent entiérement à la Loi matrimoniale; les conjoints ſont entre eux, de convention, ce que la Loi matrimoniale veut qu'ils ſoient; mais cela tend toujours à dire que la Loi toute ſeule eſt une Loi réelle.

Examinons donc de quelle nature eſt en ſoi le Statut qui admet ou qui exclut la communauté d'entre conjoints; les eſpeces particulieres qui pourront naître de cette queſtion générale, ſeront enſuite plus faciles à décider.

## *QUESTION GÉNÉRALE.*

*De quelle nature eſt, en ſoi, le Statut qui admet la communauté ou la non communauté entre les conjoints.*

Nous avons en l'Obſervation ci-après 38, remarqué les différents partis que les Nations ont pris par rapport aux biens que les conjoints pouvoient poſſéder au jour de leur mariage, & par rapport aux biens qu'ils pouvoient acquérir pendant icelui, nous ne le répéterons point ici.

Mais quoique les hommes aient eu des vues différentes, ils ſemblent s'être réunis en un point, qui eſt que ne s'agiſſant en cette partie que des biens, c'étoit de Droit étroit la Loi de la ſituation qu'il falloit ſuivre, & tous ont aſſez volontiers pris ce parti de rigueur, par rapport aux biens que les conjoints apportent en ſe mariant, & c'eſt ce qui a été nommément jugé par l'Arrêt rendu au Conſeil de Brabant, dont on parlera ci-après; mais par rapport aux biens que les conjoints peuvent acquérir pendant leur mariage, les uns s'en ſont tenus à la rigueur du Droit, & ont à cet égard perſiſté dans la réalité du Statut, d'Argentré, Burgundus, &c. mais les autres ont trouvé que c'étoit rendre le ſort de la femme trop arbitraire & trop incertain, qu'il ne convenoit pas que parce qu'un mari aura jugé

jugé à propos d'acquérir dans une Coutume de non communauté, ſa femme mariée dans une Coutume de communauté fût privée de la juſte récompenſe que lui promettoit la Loi où elle s'eſt mariée, & que lui méritoit la commune collaboration, comme il ne convenoit pas que parce qu'un mari aura acquis dans une Coutume de communauté, la femme eût part dans cette acquiſition, lorſqu'elle eſt mariée dans une Coutume de non communauté.

Mais comment faire dans ce dernier cas? Il ne s'agit que de biens, & tous les Statuts à cet égard ſont réels; comment rendre celui du domicile perſonnel, & faire que ſa diſpoſition affecte les conjoints, & s'étende ſur tous les biens qu'ils acquierent? Ils ont imaginé pour cela une ſoumiſſion tacite & conventionnelle de la part des conjoints à la Loi du domicile matrimonial; en ſorte que la Loi qui toute ſeule eſt réelle, devient à la faveur de la convention une Loi conventionnelle, & par conſéquent une Loi perſonnelle.

Dans ce ſyſtême la perſonnalité du Statut de la communauté ou de la non communauté, n'eſt pas de la nature du Statut en lui-même, mais du Statut joint à la convention.

Il faut convenir que dans nos mœurs, c'eſt le ſyſtême que nous avons le plus gouté, quant aux biens à acquérir, & effectivement il place les choſes dans un point de juſtice très-exacte, & qui eſt le point le plus à conſidérer dans l'application des Loix & dans les fonctions judiciaires.

Quant à moi, ſans donner atteinte à ce ſyſtême de convention préſumée que je priſe beaucoup, par rapport au fonds d'équité qu'il renferme en cette occaſion, je ne ſais ſi en enviſageant les choſes de plus près, nous en avons beſoin pour rendre le Statut de la communauté, ou de la non communauté, perſonnel, & voici ce que je penſe.

Quand la Coutume dit qu'il y aura communauté de biens, ou qu'il n'y en aura pas entre conjoints, elle veut certainement fixer l'état & la condition des conjoints: elle veut, dans le premier cas, qu'ils ſoient aſſociés en biens, & cela perpétuellement, & tout le reſte de leurs jours; & dans le ſecond, elle veut que, quoique deſtinés à vivre enſemble pendant toute leur vie, il n'y ait jamais entre eux aucune ſociété de biens; & cette maniere de vivre ainſi entre gens unis à perpétuité par les liens du mariage, me paroît former entre eux un état & une condi-

tion qui les affectent, & qui ſont inſéparables de leurs perſonnes ; & c'eſt véritablement le cas où l'on doit dire que *jus ponitur perſonæ ;* & comme dit *l'art.* 159 des Cahiers dreſſés pour l'interprétation de la Coutume de Bourgogne, la Coutume regarde la perſonne, & non la choſe acquiſe.

Je ſais bien que juſqu'à préſent, preſque tous nos Auteurs n'ont oſé franchir le pas, & décider en termes précis, que le Statut de la communauté forme dans les conjoints un état & une condition perſonnelle, & c'eſt delà qu'ils ſe ſont vus dans la néceſſité de le dire réel ; mais comme cette réalité bleſſoit une certaine équité, pluſieurs ont cru devoir imaginer une convention tacite ; mais en prenant le parti que je préſente aujourd'hui, tout me paroît ſimple & naturel.

Je crois appercevoir que c'eſt ainſi que le penſoit Rodenburgh : car en réfutant Burgundus qui a renfermé le Statut de la communauté dans ſon territoire, il allegue contre lui les exemples des Loix qui régiſſent le prodigue, le pupille, le mineur, & il n'eſt pas douteux que ces Statuts déterminent l'état & la condition de ces ſortes de perſonnes.

M. d'Olive, *liv.* 3, *ch.* 25 de ſes Arrêts, dit, en ſes Notes, que la Coutume de la communauté qui regarde la perſonne des mariés, les faiſant & conſtituant aſſociés, eſt perſonnelle : c'eſt donc à raiſon de la ſociété que la Loi eſt perſonnelle ; mais peut-elle l'être autrement, que parce que la qualité d'aſſocié, & d'aſſocié perpétuel, forme l'état & la condition des conjoints ?

Mæſtertius, *de ſtatutis*, demande quelle eſt la nature du Statut de Hollande, *quo omnia conjugum bona non ſolum quoad uſum, ſed etiam proprietatem communia fiunt ?* & il répond, *eſt perſonale*, & la raiſon qu'il en rend, eſt que *ſtatuto individua conjunctio, quæ quaſi ſocietatis ſpecies eſt, cauſam dedit.*

Le Brun, en ſon *Traité des Succeſſions, titre des Réſerves Coutumieres, n.* 53 *de l'édition de* 1692, eſt celui des Auteurs que je connois, qui a décidé le plus nettement notre queſtion. L'Article, dit-il, qui établit une communauté entre perſonnes mariées & domiciliées ſous la Coutume, regle leur état entier, ſans conſidérer ce qui ſera la matiere de cette communauté.

Dans ce ſyſtême, je n'ai beſoin, ni de la convention expreſſe, ni de la convention préſumée ; je tiens de la Loi mon état, & ma condition de commun, ou de non commun, comme un autre tient d'elle ſon état de majeur, ou de mineur, & cet

état ſe porte par-tout, & influe ſur tout, comme étant un état perſonnel.

Mais porterai-je cet état de commun dans les Coutumes négatives prohibitives ? Je diſtingue : ſi ces Coutumes ſont prohibitives de toute communauté de biens, tant acquis, qu'à acquérir, je les regarde comme formant un état dans les conjoints.

En effet, nous venons d'obſerver que c'eſt un état pour les conjoints d'être non communs, comme c'en eſt un pour eux d'être communs.

Or l'état perſonnel que l'homme a dans ſon domicile matrimonial, doit l'emporter ſur l'état perſonnel preſcrit par la Loi de la ſituation.

Mais ſi ces Coutumes ne ſont prohibitives que d'une communauté des biens acquis auparavant le mariage, & qu'elles admettent la communauté des biens à acquérir; pour lors je regarde ces Coutumes comme réelles, en tant qu'elles ſont prohibitives quant aux biens déja acquis, & comme perſonnelles pour ceux qui ſont à acquérir, & la diſpoſition réelle de la ſituation l'emportera ſur la perſonnalité de la Loi du domicile.

C'eſt ainſi qu'encore que la majorité ſoit un Statut perſonnel, néanmoins ſi dans le lieu de la ſituation des biens, la Loi défend quelque eſpece particuliere d'aliénation, comme d'aliéner certaine nature de biens, ou de les aliéner au-delà de certaine quotité, le Statut perſonnel de la majorité cede en cette occaſion au Statut réel de la ſituation.

Je n'examinerai pas ici ſi le Statut de la communauté entre conjoints, eſt plus naturel que celui de non communauté. Gregorius Tholoſanus, en ſon *Sintagma Juris univerſalis, lib.* 27, *cap.* 4, *n.* 7, dit, en paſſant néanmoins, que *ſocietas bonorum ineſt matrimoniali conjunctioni.*

Chriſtinéus, *vol.* 1, *deciſ. Belg.* 209, *n.* 10; Néoſtadius, *de pact. ante nupt. obſ. rer. judicat.* 9, le diſent en termes exprès; & Abraham à Weſel a enchéri ſur eux tous, *n.* 24, *de connub. bonorum ſociet. tract.* 1°. Il commence par dire que *à commixtione perſonarum commixtionem bonorum, & commixtam domum, & familiam, Cortracenſes, Bellences, &c. intulerunt;* & ce qu'il raconte de ces Nations, il l'adopte au nombre 115. *Diximus rationem communionis noſtræ conjugalis omnem deſcendere ex tractatu matrimonii; cùm inconveniens putatum ſit per illud animorum, & corporum communicationem contrahi, non etiam bo-*

*norum ; individuam vitæ conſuetudinem coiri , & tamen relicto mei & tui inter conjuges diſcrimine, divortii cauſam in connubio generari : ſicuti ergò per matrimonium maritus, & uxor unum corpus , una caro facti ſunt , ita & unum bonorum cumulum inter eos conſervatum eſſe oportet , & quemadmodum conjuges per nuptias conſecuti ſunt jus in mutua corpora ubique locorum communicandum , ita & conſecutos eſſe jus ad communicanda utriuſque bona , ubicumque ſita. Indè ſequitur communionis negotium non deſcendere proprie à Statuto , verum à perſonis quæ nuptias contraxerunt , & per has ſocietatem non tantum vitæ , ſed etiam bonorum ; eo quod matrimonii contractui inſit hæc rerum communicatio : nec enim ipſis rebus immobilibus ulla ad communicandum ineſt vis ; ſed tota ejus rei cauſa , & ratio in contracta ſocietate conſiſtit.*

Mais j'aurois de la peine, eu égard à quelques Coutumes du Royaume, & à tous les Pays du Droit écrit, qui n'admettent pas de communauté entre conjoints, à adopter ce ſyſtême de communauté, innée dans la conjonction matrimoniale, & je crois, eu égard à nos mœurs, que ce ſyſtême de communauté ne vient que de la Loi, & que s'il n'y avoit pas de Loi, il n'y auroit pas de communauté. Voyez la Diſſertation ci-après de Vander Muelen ; mais (& c'eſt ce qui me ſuffit quant à préſent) cette Loi, quand elle exiſte, forme l'état des conjoints, & cet état affecte leurs perſonnes de droit, & ſans qu'il ſoit beſoin de convention, ſoit expreſſe, ſoit tacite.

M. Ch. du Molin a imaginé le ſyſtême de la convention préſumée ; mais c'eſt ce ſyſtême qui fait connoître qu'il eſtimoit que la Loi toute ſeule étoit une Loi réelle renfermée dans ſon territoire. Il le dit en général. *C. de Statut. pactio benè extenditur ubique , ſed non Statutum merum , hoc eſt ſola , & mera vi Statuti :* car la Coutume par elle-même, dit un autre Auteur, *mere localis eſt , & in tantum localis ut non extendatur ad bona alterius civitatis ;* Tuſchus, *pract. concluſ. Lett. P , concl.* 91.

Mais en admettant même la convention préſumée, vous n'êtes pas hors d'embarras par rapport aux Coutumes prohibitives de la communauté, étant de principe que la convention, ſi expreſſe qu'elle puiſſe être, ne peut pas l'emporter ſur une Loi prohibitive, du moins par rapport aux biens que les conjoints peuvent avoir au jour du mariage : car à l'égard de la communauté de biens à acquérir pendant le mariage, ſi le Statut étoit

réel, la convention préſumée ſeroit d'un grand ſecours, quant aux biens que les conjoints acquerroient en Coutumes prohibitives; parce que la convention liant les conjoints pour l'avenir, les empêche d'acquérir dans ces Coutumes, & que ce ſeroit autoriſer la fraude, que d'exclure le conjoint de ces biens, y ayant convention autoriſée par la Loi matrimoniale, & antérieure à l'acquiſition; en ſorte que dans ce cas particulier, la crainte de favoriſer la fraude devroit faire paſſer par-deſſus la rigueur & la ſévérité des principes, comme nous le dirons par la ſuite.

Mais ſi vous admettez que la Loi qui établit la communauté, ou la non communauté, eſt une Loi qui forme l'état & la condition des conjoints, vous êtes diſpenſés de recourir à une préſomption de volonté, & vous retombez naturellement dans les principes qui reglent l'état & la condition des hommes.

Ainſi, ſelon moi, la véritable nature du Statut de la communauté, ou de la non communauté, eſt d'être un Statut perſonnel, en ce qu'il forme l'état & la condition de la perſonne des conjoints. Je ne l'enviſage pas du côté des biens, comme font ceux qui le diſent réel; je ne l'enviſage pas encore comme aidée de convention préſumée, comme font les autres, non pas que je rejette cette convention, je la crois très-admiſſible; mais je me débarraſſe de toutes les difficultés qu'on peut propoſer contre, & j'embraſſe un ſyſtême qui me paroît tout ſimple & tout naturel.

Cela ſuppoſé, que faut-il donc décider ſur toutes les différentes queſtions que propoſe notre Auteur?

## *PREMIERE QUESTION.*

Des conjoints contractent mariage, & ſont domiciliés dans un lieu où la Loi admet entre eux une communauté générale & univerſelle, c'eſt-à-dire, une communauté non-ſeulement des biens qu'ils pourront acquérir enſemble, mais encore de ceux qu'ils ont au jour de leur mariage.

Ces futurs conjoints ſtipulent entre eux une communauté générale de biens; mais ils en ont qui ſont ſitués dans des endroits où la communauté n'eſt que de ceux qu'ils acquerront enſemble.

Ces biens que les futurs conjoints ont au jour de leur ma-

riage, tomberont-ils dans la communauté générale & univerſelle, admiſe dans le lieu de leur domicile, & qu'ils ont ſtipulée entre eux ?

Notre Auteur obſerve que Me Ch. du Molin, en ſon conſeil 53, a été pour l'affirmative, & d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, pour la négative; que Burgundus avoit pris un parti moyen, & avoit eſtimé que ce Statut étoit perſonnel, quant aux meubles, & néanmoins qu'il ne s'étendoit pas aux biens ſitués ailleurs.

Quant à notre Auteur, ſon avis eſt que la convention doit s'étendre par-tout, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation fût prohibitive de la convention, & en ce dernier cas il donne une action à l'autre conjoint en dommages & intérêts réſultants de l'inexécution de la convention.

Avant que d'aller plus loin, je ne puis m'empêcher de remarquer que le conſeil 53 de Me Ch. du Molin, dont notre Auteur fait uſage ſur cette queſtion, n'eſt pas donné ſur l'eſpece d'une communauté de tous biens, même de ceux que les conjoints peuvent avoir au jour de leur mariage : tout ce que du Molin dit dans ce conſeil, ne regarde que les acquiſitions que des conjoints peuvent faire pendant leur mariage, en quelque Coutume que ce puiſſe être.

A l'égard de d'Argentré, on convient qu'il donne entiérement dans le parti de la réalité, & que ce qu'il dit à l'occaſion des conquêts influe à plus forte raiſon pour les acquêts que les conjoints ont au jour de leur mariage.

Quant à Burgundus, il me paroît qu'il n'agite que la queſtion des biens acquis pendant le mariage, pour ſavoir, ſi des conjoints étant mariés dans une Coutume qui admet une communauté, les biens qu'ils acquerront dans d'autres Coutumes, où il faut une tradition réelle, ſeront communs avec celui qui n'aura pas eu cette tradition.

Ces premieres obſervations faites, il faut encore remarquer que dans nos mœurs l'eſprit du Pays coutumier eſt effectivement qu'il y ait communauté de biens entre conjoints. Chopin obſerve qu'elle a lieu dans toute la France coutumiere, excepté la Normandie, Rheims, Auvergne, Bordeaux & ceux de la haute Marche, & que la Prévôté de Beauqueſne, dépendante d'Amiens, ne l'admet ès choſes féodales. *Remarque des Coutumes, queſt.* 3, voyez plus amplement encore Mornac, *L.* 1*a. de*

*petit. hæreditat.* J'ai expliqué en la queſtion 5 de mes Diſſertations mixes les raiſons naturelles & politiques ſur leſquelles nos Coutumes peuvent être fondées.

Cette communauté, ſelon le Droit général de nos Coutumes, eſt indéfinie, quant aux meubles; & quant aux immeubles, elle eſt ſeulement des biens que les conjoints peuvent acquérir depuis leur mariage; mais il peut peut-être s'en rencontrer quelques-unes qui l'admettent, tant de ceux que les conjoints ont au jour de leur mariage, que de ceux qui leur échéent ou qu'ils acquerrent depuis, & ils tombent tous dans cette communauté. J'en excepte, quant aux meubles que je dis tomber indéfiniment dans la communauté, les Pays de Droit écrit & quelques Coutumes, comme Bourgogne : car dans ces endroits, la communauté n'eſt que de ſimples meubles à acquérir, ſi la convention n'eſt pas expreſſe pour les meubles déja acquis.

Mais à l'égard des immeubles, il ne ſe préſente pas à ma mémoire aucune Coutume du Royaume, qui faſſe tomber de Droit dans la communauté ceux qui appartiennent aux conjoints au jour de leur mariage.

Nous avons, à la vérité, la Coutume d'Auxerre, laquelle en *l'art.* 209, donne à connoître qu'elle autoriſe la communauté de tous biens, meubles, propres, acquêts & conquêts immeubles. Cette Coutume n'admet pas cette ſorte de communauté de Droit; elle préſuppoſe ſeulement que la convention en ſeroit légitime, & effectivement elle ſeroit pareillement admiſe dans quantité de nos Coutumes.

M. de la Thaumaſſiere en ſes *déciſ. liv.* 4, *ch.* 1, agite une queſtion qui préſuppoſe la convention admiſſible dans la Coutume de Berry, & cela eſt bon, excepté dans le cas de minorité; mais dans le Droit général notre communauté coutumiere, quant aux immeubles, eſt renfermée dans ceux que les conjoints peuvent acquérir par la ſuite, ſoit conjointement, ſoit ſéparément, & dans ceux qui leur viennent par une voie propre à faire des acquêts, auquel cas, d'acquêts qu'ils ſont, ils deviennent conquêts.

Bien loin que dans l'uſage nous nous ſoumettions à une communauté générale & de tous biens, beaucoup de nos contrats de mariage contiennent des ſtipulations de propres qui empêchent même de tomber dans la communauté, les effets qui de droit y tomberoient par la diſpoſition de la Loi; en ſorte que

nous ſommes plus portés à réduire cette communauté coutumiere, qu'à l'étendre.

Il eſt pourtant vrai que tous les jours, non-ſeulement on met dans la communauté tout ce qui y entre de droit, mais que l'on y met même ce qui de droit en eſt exclus.

C'eſt delà qu'on ameublit une partie de ſes immeubles pour les y faire entrer, juſqu'à concurrence de la portion ameublie.

Lauterback, *diſput.* 128, *cap.* 1, *n.* 5, nous apprend que la ſociété générale de tous biens entre conjoints, a lieu dans pluſieurs Provinces. *Hanc ipſam ſpeciem mores Schleſvicenſium agnoſcunt, civitatis Brugenſis, Regni Luſitaniæ; idem obtinet in Geldria, in Selandia, neque aliam in Hollandia obſervari probat Rodemb. ut neque in civitate Embricenſi Ducatus Cliviæ*, Goris, *ad not.*

Nous pouvons parmi nous diſtribuer en trois claſſes les Coutumes au ſujet de la communauté.

La premiere, qui admet la communauté.

La ſeconde, qui ne l'admet, ni ne la rejette.

La troiſieme, qui la rejette abſolument.

Mettrons-nous dans cette derniere claſſe la Coutume de Normandie qui, en *l'Art.* 389, porte que les perſonnes conjointes par mariage, ne ſont communes en biens, ſoit meubles, ou conquêts immeubles? mais les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari, & même cette Coutume ne donne pas part à la femme dans tous les biens acquis pendant le mariage; ce n'eſt que dans ceux ſis en Bourgage, ou dans certains Bailliages: encore ne les donne-t-elle qu'à titre d'héritiere du mari; part néanmoins qu'elle tranſmet à ſes héritiers, quoiqu'elle prédécede. Ce qui renferme, dit Lauterbackius, *diſp.* 128, *cap.* 1, *n.* 4, une abſurdité conſidérable: car la femme, de cette maniere, ſuccede, après ſa mort, à ſon mari ſurvivant. *Sequitur morientem ſuccedere vivo, quippe moriens uxor ſuam acquiſitorum partem jure ſucceſſionis à marito caperet, adque ſuos tranſmitteret hæredes, quod abſurdum utique, & ab omni juris ratione alieniſſimum fuerit.* Dans l'ancien Droit Romain, la femme étoit effectivement *ſuus hæres viro;* mais ce n'étoit qu'autant qu'elle ſurvivoit.

Il faut convenir que la Coutume de Normandie eſt ſinguliere dans ſes diſpoſitions: car dans cette Coutume, le droit dans les

les conquêts pour la femme, eſt héréditaire, & cependant on peut dire qu'il ne l'eſt pas.

Il eſt héréditaire, puiſque ſi la femme ſurvit, elle profite, à titre d'héritiere de ſon mari, de la portion des meubles & des immeubles acquis pendant le mariage; & comme héritiere, elle eſt obligée perſonnellement & ſolidairement à certaines dettes de ſon mari; pour s'en décharger, il faut qu'elle renonce à l'hérédité; mais ce droit n'eſt point héréditaire, ſi au contraire elle prédécede: car, dans ce cas, elle perd, à la vérité, les meubles qui reſtent au mari; mais quant aux immeubles, elle les tranſmet à ſes héritiers.

Mais comme en prédécédant, elle ne pourroit pas être héritiere, ſes héritiers prennent les immeubles conquêts qui lui étoient deſtinés par la Coutume, en qualité d'héritiers d'elle; mais ils ne ſont point héritiers du mari, puiſque le mari eſt vivant, & que celle dont ils ſont héritiers, ne l'a point été elle-même; & à raiſon de ce, ils ne ſont obligés, après l'épuiſement des meubles, que juſqu'à concurrence de la valeur des immeubles; & ſans vouloir faire injure aux Loix, uſages & mœurs de cette Province, dont la Coutume eſt appellée, par excellence, la ſage Coutume, on ne peut s'empêcher de dire que la ſageſſe de ces diſpoſitions eſt couverte & cachée par quelque choſe de bizarre qui ſurprend.

Tout l'édifice des diſpoſitions de la Coutume de Normandie, eſt fondé ſur ce que par les mœurs de la Province, le mari, pendant ſon vivant, eſt ſeul le maître de ce qu'il acquiert; mais dans les Pays de communauté, ne l'eſt-il pas de même? & cette aſſociation du mari & de la femme dans la commune collaboration, préjudicie-t-elle à ce droit de maîtriſe?

L'Article 389 eſt par lui-même aſſez mal rédigé. Quel argument en effet de dire, la femme n'eſt pas commune, parce qu'elle n'a rien dans les conquêts, qu'après la mort de ſon mari? Cela indiqueroit que ſi elle n'eſt pas commune du vivant de ſon mari, elle l'eſt quand il prédécede. Mais quelle contrariété de cet Article, avec celui qui veut que la femme prémourante tranſmette à ſes héritiers ſa part dans les immeubles conquêts?

Quoi qu'il en ſoit, bien des perſonnes penſent que cette Coutume admet une ſorte de communauté dans le temps même qu'elle en rejette le nom. Voyez M. Froland, *tom.* 1, *fol.* 236

*de ses Statuts ;* c'est ce que nous examinerons ci-après. Mais ce qui revient à notre sujet, est que cette Coutume, en *l'Article* 330, ne veut pas que la femme puisse avoir plus grande part aux conquêts faits par son mari, que ce qui doit lui appartenir par la Coutume à laquelle les contractants ne peuvent déroger par aucune convention, & qu'elle n'admet pas de communauté générale & universelle. L'Article 73 du Réglement de 1666, porte, *que le mari ne peut, en faveur du mariage, donner à sa femme aucune part de ses immeubles.*

Cela présuppose, rappellons notre question. Des futurs conjoints sont domiciliés dans une Coutume qui admet une communauté générale & universelle, (feignons pour l'éclaircissement des principes, une pareille Coutume parmi nous); ils se marient dans cette Coutume, & ils stipulent une communauté générale entre eux ; mais leurs biens sont répandus dans différents endroits ; & il y en a qui sont situés dans des Coutumes, dont les unes sont muettes, d'autres simplement négatives, & d'autres prohibitives de communauté générale. *Quid juris ?*

Il ne paroît pas d'abord qu'il y ait difficulté à décider que, soit que la communauté ait lieu en vertu d'une convention expresse, ou tacite, soit qu'elle ait lieu, parce qu'elle forme l'état & la condition des conjoints, elle aura lieu dans la Coutume qui n'admet, ni ne rejette la communauté, parce que cette Coutume étant muette, n'est ni négative, ni prohibitive, soit de la convention, soit de l'état personnel, & que l'un, ou l'autre peuvent y être pleinement exécutés, sauf les dispositions réelles particulieres de ces Coutumes.

Il en doit être de même dans les Coutumes simplement négatives, parce que si ces Coutumes rejettent la communauté, ce n'est qu'une négation, & non une prohibition.

Que si les biens sont situés en Coutumes négatives prohibitives de toute communauté, c'est le véritable point de la difficulté. Si on me passe ce que j'ai dit ci-devant, que la qualité de commun entre conjoints, fixe & détermine leur état & leur condition entre eux, il faut qu'on me passe que cet état, comme personnel, se porte par-tout, & par conséquent dans les Coutumes prohibitives de toute communauté, parce que cette prohibition fixant un état & une condition de non commun, la condition de commun, fixée par le domicile, l'emporte sur

celle de non commun, fixée par la Loi de la ſituation.

Que l'on y joigne, ſi l'on veut, la convention d'être communs, elle n'ajoutera rien aux conjoints : je ſoutiens même que la Loi toute ſeule, comme fixant l'état & la condition des conjoints, eſt plus forte en cette occaſion, parce qu'à l'égard de la convention, on pourroit, avec raiſon, prétendre qu'elle ne ſauroit donner atteinte à une Loi prohibitive ; mais à l'égard de la Loi qui fixe l'état des conjoints, il eſt de principe qu'en ce qui regarde l'état des hommes, les Loix ſe déferent les unes aux autres, & que l'homme porte par-tout ſon état & ſa condition.

Que ſi la Loi de la ſituation n'eſt prohibitive de la communauté, que par rapport aux biens acquis, & qu'elle l'admette par rapport aux biens à acquérir, en ce cas, la diſpoſition de la Loi de la ſituation concernant les biens acquis, eſt réelle ; mais cela n'empêche pas que la diſpoſition concernant les biens à acquérir, ne ſoit perſonnelle, & ne puiſſe y être exécutée, comme nous l'avons obſervé ci-devant ; & pour lors la diſpoſition réelle de la ſituation l'emportera ſur la diſpoſition perſonnelle du domicile, fût-elle jointe & unie à la convention, & la diſpoſition perſonnelle n'y ſera exécutée que ſur tous les biens qui ſeront véritablement conquêts.

Ainſi les conjoints mariés en Coutumes qui admettent une communauté générale, & de tous biens, & qui auront des biens ſitués en Coutumes qui prohibent cette communauté générale, en admettant néanmoins la communauté des biens à acquérir, ces conjoints, euſſent-ils même ſtipulé une communauté générale, ſont communs entre eux pour les biens à acquérir, mais ils ne le ſeront pas pour les biens acquis, ſitués dans ces ſortes de Coutumes.

C'eſt ainſi que des conjoints domiciliés à Paris, qui auroient ſtipulé une communauté générale de biens acquis & à acquérir, & qui auroient des biens ſitués en Normandie, au jour de leur mariage, ne pourroient pas faire tomber dans leur communauté, ſavoir, quant au mari, aucuns de ſes immeubles, à cauſe de *l'Art. 73 des Placités*, par lequel le mari ne peut, en faveur de mariage, donner à ſa femme aucune part dans ſes biens immeubles ; & quant à la femme, elle n'y pourroit faire entrer que le tiers de ſes immeubles, à cauſe de l'Article 74 du

même Réglement, qui ne permet pas à la femme de donner à ſon futur mari, au-delà de ce tiers dans ſes immeubles.

C'eſt encore ainſi que le majeur qui peut diſpoſer de tous ſes biens par la Loi de ſon domicile, ne pourra pas néanmoins diſpoſer de certains biens dans certaines Coutumes.

Renuſſon, en ſon Traité des Propres, *chap. 6, ſect. 8*, agite la queſtion de ſavoir s'il eſt permis aux conjoints de faire, par leur contrat de mariage, un ameubliſſement général, & il dit que cette convention eſt permiſe, excepté dans les Coutumes qui reſtreignent toutes donations entre vifs, à une certaine quotité, & que l'ameubliſſement ne doit pas excéder la quotité que l'on peut donner entre vifs.

Je ne croirois pas cette déciſion ſans difficulté, & j'aurois de la peine, à mon égard, à meſurer & limiter le pouvoir de faire un ameubliſſement par le pouvoir de faire une donation entre vifs, ſi ce pouvoir de donner étant limité, ne l'étoit pas expreſſément pour toutes conventions d'entre maris & femmes.

J'admets volontiers ce ſyſtême dans le cas d'un douaire plus fort que le coutumier qui excéderoit ce qu'il eſt permis de donner, & je ſuis d'accord qu'on le réduiſe à la portion dont il eſt permis de diſpoſer entre vifs, parce qu'en ce qu'il excede, il eſt véritablement donation & libéralité du mari ; mais l'ameubliſſement dont nous parlons, eſt un acte de ſociété, une convention de commerce, un acte onéreux, & bien différent de la donation qui eſt un acte entiérement gratuit.

Les Coutumes qui limitent la faculté de donner, ne limitent pas ordinairement la faculté de vendre, aliéner, échanger, & de faire tous les autres actes de la ſociété, & ainſi il ne paroît pas que l'on puiſſe argumenter de la donation à l'ameubliſſement, ſur-tout quand il n'eſt pas général, ſi ce n'eſt que la faculté de donner ne fût limitée même entre mari & femme.

M. de Riparfons, ſur la *page* 206 du Commentaire de Conſtant ſur Poitou, qui eſt en la Bibliotheque des Avocats, a mis les Notes ſuivantes.

*Ameubliſſement peut ſe faire des propres par contrat de mariage. En communauté, ce n'eſt donation. L'Article* 203 *de Poitou, dit, ne peut-on faire par donation ? Ce n'eſt que le titre lucratif qui eſt défendu, non le titre onéreux. On le peut en ſociété, entre étrangers, & communauté, entre conjoints.*

*Ainſi ameubliſſement n'eſt ſujet à inſinuation.*

*C'eſt une convention, non donation.* Chopin, part. 2, tit. 3, n. 17; *n'eſt ſujette à révocation par ſurvenance d'enfants.*

*L'ameubliſſement peut ſe faire, quoique non réciproque du mari, ou non égal.*

Répondu par de Riparfons, le 24 Mars 1699, pour ameubliſſement des deux tiers des propres du mari.

Je n'ai tranſcrit cette préſente Note de M. de Riparfons, que pour faire voir que l'ameubliſſement ne doit pas ſe régler toujours par le plus, ou le moins qu'on peut donner, parce que l'ameubliſſement n'eſt pas donation.

J'ajouterai néanmoins que ſur la même *page* 206, on trouve cette autre Note. *Communauté de tous biens, avec convention que tout appartiendra au ſurvivant, y a diſtraction des deux tiers des propres, ou deux tiers des acquêts, n'y ayant propres, ou deux tiers des meubles, n'y ayant ni propres, ni acquêts, en faveur de l'héritier du conjoint prédécédé.*

M. de Riparfons ajoute, *il n'y a que le tiers des propres qui puiſſe appartenir au ſurvivant, pour droit de communauté en Poitou.*

*Quelque convention qu'il y ait, qu'ils mettoient tous biens en communauté, & qu'au ſurvivant demeureroit toute la communauté, même quand n'y a pas de propres, ni acquêts; ne peut être convenu que plus du tiers des meubles entrera en communauté, & appartiendra au ſurvivant.*

On ſentira aſſez que ces Notes ne ſe contrediſent pas, & qu'il y a bien de la différence entre un ameubliſſement, pour être la choſe ameublie, comme faiſant partie de la communauté partagée également, & un ameubliſſement de tous les propres, pour appartenir en totalité au ſurvivant des conjoints.

Mais revenons à la déciſion de Renuſſon: elle conſerve toujours le principe qui eſt que dans les Coutumes prohibitives & négatives d'un ameubliſſement qui excéderoit une certaine quotité, on ne peut pas ameublir au-delà de cette quotité, & que l'ameubliſſement étant trop fort, eſt réductible juſqu'à concurrence de la quotité permiſe par la Loi de la ſituation, à l'exemple d'un douaire qui ſeroit ſtipulé plus fort que ne permet la Coutume de la ſituation, & qui, comme douaire, ſeroit réduit *ad legitimum modum*, encore même que la Loi du domicile autoriſât ces conventions.

Ainsi la validité des engagements personnels en eux-mêmes, se prend, à la vérité, de la Loi du domicile ; mais quand ces engagements sont à exécuter sur des biens situés dans des Coutumes qui sont réelles, négatives prohibitives, pour lors, tout valables qu'ils sont, ils ne peuvent plus avoir d'exécution sur ces biens.

C'est ainsi qu'une femme à Paris, pourra s'obliger pour autrui ; mais encore que son obligation soit valable en elle-même, & que la femme ait eu capacité de s'obliger par la Loi de son domicile, il ne s'ensuit pas que son engagement doive s'exécuter sur les biens de Normandie, y ayant un Statut réel qui le défend, comme nous l'avons observé tant de fois.

Je trouverai des personnes qui conviendront assez volontiers que le Statut de la communauté est personnel, en tant que cette communauté n'est que des biens qui s'acquerront par la suite, parce que, dans ce cas, elle n'affecte que l'acte futur de la personne ; & c'est dans ce sens seulement que l'on peut dire, avec Burgundus, *totum jus ponitur personæ.*

Mais quand la communauté est encore des biens que les conjoints peuvent avoir au jour de leur mariage, ils auront plus de peine à regarder le Statut qui l'ordonne ainsi comme personnel, parce qu'il semble que ce Statut dispose des biens, puisque de propres qu'ils sont à chacun des conjoints, il les rend communs entre eux, & que par conséquent il commande à des biens qui ont déja leurs Loix particulieres, & qui ne sont pas sous sa domination.

Cependant je réponds abondamment à cette objection, si l'on veut convenir avec moi que le Statut qui ordonne même une communauté générale, fixe & détermine l'état & la condition des conjoints : car dans ce cas on ne peut se dispenser de le regarder comme personnel ; mais tout personnel qu'il puisse être, il faut qu'il cede à la réalité du Statut de la situation.

Ainsi pour me réduire, je dis que la communauté & la non communauté de biens entre conjoints, portée par la Loi du domicile matrimonial, sont des Statuts personnels, & voici mon système.

La communauté entre conjoints forme leur état & leur condition, soit qu'elle soit générale, soit qu'elle soit simplement des biens à acquérir.

2°. *Vice versâ*, l'état de non communauté eſt pareillement un état & une condition dans les conjoints.

3°. Si la communauté dans le lieu du domicile eſt générale, & que dans le lieu de la ſituation elle ne ſoit que des biens à acquérir avec prohibition, pour lors cette prohibition de la Coutume de la ſituation par rapport aux biens acquis, eſt en cette partie une diſpoſition réelle.

4°. L'état de commun ou de non commun ſe porte par-tout, ce qui eſt indiſtinctement vrai par rapport à l'état de non commun; en ſorte que dans les coutumes qui n'admettent pas de communauté, ou qui l'excluent, les conjoints ſeront non communs par-tout, même dans les Coutumes de communauté.

5°. Cela eſt encore indiſtinctement vrai par rapport à l'état de commun d'une communauté réduite aux biens à acquérir; ces biens euſſent-ils été acquis en Coutumes prohibitives de toute communauté, parce que l'état de commun étant celui du domicile, il l'emporte ſur celui de la ſituation.

6°. L'état de commun d'une communauté générale, ſe portera, à la vérité, dans toutes les Coutumes négatives prohibitives de toute communauté, parce que ce ſont deux états perſonnels qui ſe croiſent, & que celui du domicile l'emporte; mais l'état de commun d'une communauté générale, ne ſe portera pas dans les Coutumes qui admettant la communauté, la réduiſent avec prohibition à certains biens, parce qu'en ce cas la diſpoſition qui regarde les biens prohibés, eſt réelle.

7°. Dans ce ſyſtême la convention préſumée devient inutile; la Loi qui forme un état dans les conjoints ſuffit.

Je ne propoſe, tout ce que deſſus, que comme un ſyſtême qui me paroît d'accord avec les grands principes qui ſont admis en fait de Statuts, & je ne vois rien qui puiſſe obliger de s'en écarter.

En effet, s'il y avoit quelque inconvénient, ce ſeroit principalement dans le cas où l'on porteroit un Droit de communauté générale dans une Coutume prohibitive de toute communauté; mais y en a-t-il plus dans ce cas que de porter un état de majeur à vingt ans, dans une Coutume où il en faut vingt-cinq ?

Qu'on ſe dépouille donc de tout préjugé, & l'on verra que

je ſuis dans le vrai, ſans bleſſer, ni les principes, ni l'équité.

Mais dans ce ſyſtême, voici un inconvénient où des conjoints peuvent ſe trouver. Ils ſont mariés en Coutume de communauté générale, & ils l'ont ſtipulée entre eux; leurs biens ſont répandus en différentes Coutumes, dont les unes admettront pareille communauté auſſi générale & auſſi entiere; & les autres par un Statut réel, la rejetteront avec prohibition, quant à certains biens. Je dis avec prohibition : car ſi le Statut étoit muet ou ſimplement négatif, il y auroit lieu en ces cas, à communiquer ou à fournir une indemnité; mais ſi le Statut eſt prohibitif, comment la communauté générale pourra-t-elle être exécutée? & comment faire pour que l'un des deux ne ſouffre pas de dommage? à cet égard, il ſemble qu'il y auroit quatre partis à prendre.

Le premier ſeroit d'anéantir toute communauté.

Le deuxieme ſeroit de la réduire aux biens non prohibés.

Le troiſieme de fournir une indemnité pécuniaire.

Le quatrieme ſeroit celui que je vais indiquer dans un moment.

Le premier parti paroîtroit bien rigoureux : car enfin les conjoints ſont domiciliés dans une Coutume qui ordonne une communauté générale, ils l'ont ſtipulée en conſéquence, & pourquoi anéantir tout Droit de communauté?

Il eſt vrai que ſi tous les biens de l'un des conjoints étoient ſitués en Coutumes prohibitives de la communauté de tous biens, pendant que les biens de l'autre ſeroient ſitués en Coutumes qui l'admettroient, en ce cas il ſeroit difficile de ſe déterminer autrement, parce que la convention qui eſt ſinallagmatique tomberoit néceſſairement; non pas qu'elle fût nulle par elle-même, mais par l'impoſſibilité de l'exécuter. C'eſt, ſuivant Abraham à Weſel en ſon Traité *de Connubiali bonorum Societate*, *n.* 119, le parti qu'ont ſuivi, *Daventrienſes*, *dum cavent ut ſi conjugum alter prædia alibi ſita* (*ubi communionis jus non viget*) *communicare recuſet*, *is nec communione bonorum in ſuo territorio ſitorum gaudere poſſit.*

Le deuxiéme parti paroîtroit plus raiſonnable : ce ſeroit exécuter la convention autant qu'elle peut l'être, & ſatisfaire en même-temps aux différentes Coutumes; mais dans ce parti il y auroit toujours inégalité contre les termes de la Coutume convenue.

convenue. Je préférerois néanmoins cette déciſion au troiſieme parti, qui dit qu'il faut donner une indemnité, du moins en argent, à l'autre conjoint : car ſur quels biens donner cette indemnité ? ſur des biens ſitués en Coutumes prohibitives ; ils ſont ſous la défenſe & ſous la prohibition de la Loi, & ne pouvant pas être rendus communs, ils ne peuvent pas être chargés d'une indemnité qui n'eſt due que parce qu'ils ne ſont pas communs.

Voici donc le parti que je prendrois ; je réduirois d'abord la communauté aux biens non prohibés, parce que la convention pouvant être exécutée pour ces ſortes de biens, c'eſt le cas de l'exécuter autant qu'elle peut l'être : & comme à l'égard de ceux ſitués en Coutumes prohibitives, elle ne ſauroit l'être dans toute ſon étendue, je ne déciderois pas pour l'indemnité pécuniaire ; on retomberoit toujours dans l'inconvénient de la prohibition de la Loi de la ſituation ; mais voici comment je fournirois cette indemnité. On peut évaluer ces biens ſitués ſous des Coutumes prohibitives, & laiſſer par évaluation à l'autre conjoint autant de ſes biens propres & particuliers, que ceux évalués pourront valoir, toute proportion gardée ; par ce tempérament la Loi du domicile matrimonial & la convention ſeront exécutées autant qu'elles peuvent l'être, & d'un autre côté, il ne ſera pas donné atteinte à la Loi de la ſituation.

C'eſt ainſi que par Arrêt du 3 Juillet 1618, rapporté par Bardet, *liv.* 1, *ch.* 50, *tom.* 1, à l'égard d'une donation mutuelle, mais inégale, faite entre deux futurs conjoints domiciliés à Lyon, contre l'égalité ordonnée par la Nov. 97, *cap.* 1, on a réduit la plus grande, à la moindre.

On pourroit peut-être prétendre dans ce dernier cas qu'encore que la clauſe de communauté générale ne puiſſe pas s'exécuter pleinement de la part des deux conjoints, il ſuffit qu'elle puiſſe s'exécuter de la part de l'un d'eux, parce que celui-ci pouvant mettre tous ſes biens en communauté ſans aucune réciprocité, la convention doit s'exécuter, non comme mutuelle, mais comme pure & ſimple. Mais je ne ſaurois gouter ce ſyſtême, parce que je crois appercevoir dans la miſe en communauté, & dans la ſtipulation une intention de réciprocité & de mutualité, ſans laquelle on préſume que celui qui eſt libre, auroit pris d'autres arrangements : voyez ci-après l'Arrêt de

1693, rendu au Conſeil Souverain du Brabant, & obſervez qu'il n'y avoit pas de convention, & que l'on ſe détermina par la force & l'autorité de la Loi de la ſituation.

## *SECONDE QUESTION.*

Notre Auteur, après avoir traité de la communauté générale & de tous biens convenus entre les futurs conjoints, deſcend à la communauté pareillement convenue, mais reſtreinte aux biens à acquérir pendant le mariage, & demande pour ſeconde queſtion ce qu'il faut décider par rapport à ces biens, lorſqu'ils s'acquierent dans des Coutumes contraires.

Il obſerve d'abord que preſque dans toutes les Nations, ce qui eſt acquis par l'un des conjoints appartient dès-lors à tous les deux; que dans les endroits où cela ne s'obſerve pas, les biens acquis dans ces Coutumes par des conjoints qui ont ſtipulé une communauté, ne ſont pas, à la vérité, communs; mais que les conjoints ont l'action *pro ſocio*, pour voir dire que les effets acquis ſeront communs : mais par une raiſon tirée de l'intérêt du Seigneur, il refuſe cette action en ce qui regarde les Fiefs qui n'appartiendront qu'à celui des conjoints qui aura été inveſti, l'autre n'ayant droit que de demander à être admis à partager le prix.

Notre Auteur convient donc que le Droit général admet la communauté entre conjoints de tous les biens qu'ils peuvent acquérir pendant leur mariage, ſi on en excepte quelques endroits ſeulement; mais dans ces endroits mêmes, attendu la convention, le conjoint a action pour avoir ſa part dans la choſe acquiſe, ſi la Coutume n'eſt pas prohibitive, & qu'elle ſoit ſimplement négative, ou pour en avoir le prix, ſi la choſe acquiſe ne peut pas être rendue commune.

Pour ramener ces déciſions à nos uſages, nous diſons pareillement que le Droit général de nos Coutumes eſt pour la communauté des biens que les conjoints acquierent enſemble. Au moyen de quoi, ſi la Loi du domicile matrimonial & la Loi de la ſituation des biens ſont conformes, il ne ſauroit y avoir difficulté dans ce cas.

Quand la Loi de la ſituation eſt muette ſur la communauté, qu'elle ne l'admet, ni ne la rejette comme dans les Pays de Droit écrit, les conjoints dans ce cas étant communs d'une

communauté conventionnelle, (& nous ne parlons encore que de celle-là,) & la Loi de la ſituation étant muette, & par conſéquent non prohibitive, la choſe acquiſe eſt commune aux termes de la convention qui opere l'action *pro ſocio*.

Que ſi les biens acquis ſont ſitués en Coutumes prohibitives de communauté, telle qu'eſt, ſelon pluſieurs, la Coutume de Normandie, la femme aura-t-elle moitié dans ces biens ? La Loi de la ſituation s'y oppoſe : mais pourquoi ces biens acquis ſont-ils ſitués dans cette Coutume prohibitive ? C'eſt par le fait du mari. C'eſt lui, pour ainſi dire, qui arme la Loi de la ſituation contre la convention légitime dans ſon principe, & qu'il a faite lui-même.

Or, convient-il que le mari puiſſe donner atteinte à une convention légitime dans ſon principe, & qu'étant prépoſé par la convention, pour l'agent, le facteur & le commiſſionnaire de la communauté, il travaille néanmoins contre les intérêts de cette même communauté à laquelle il eſt prépoſé ? Lui convient-il, ou à ſes héritiers, d'exciper de ſa mauvaiſe foi ? Il viole, par cette conduite, la foi des conventions de ſon mariage, & cette violation donne à la femme une action perſonnelle pour forcer les héritiers de ſon mari à remplir ſes conventions. Voyez Béraut, *art.* 389 *de Normandie*.

J'ajouterai une raiſon que j'ai trouvée dans M. Poulain du Parc, ſur l'Article 199 de la Coutume de Bretagne, *n.* 38, *page* 623. Le mobilier, dit-il, des conjoints, fait partie de la communauté. Il ſert au paiement des acquêts faits par le mari ; ainſi il faut néceſſairement qu'ils ſoient communs, ou commettre l'injuſtice la plus étrange. Le prix étoit commun. L'acquêt payé d'une ſomme commune, ne peut pas appartenir à un ſeul qui n'a contribué que pour moitié. Cette raiſon eſt plus d'équité, que légale : car tout ce qui ſe paie de deniers communs, n'eſt pas toujours commun ; mais il eſt du moins dû récompenſe de moitié du prix.

J'ai traité cette queſtion en mes Diſſertations Mixtes, *Diſſert.* 5, & j'ai penſé que les conjoints, au jour de leur mariage, étant domiciliés dans une Coutume qui admet la communauté, & en ayant ſtipulé une entre eux, le mari ne pouvoit rien faire au préjudice de cette convention, & que les Loix de la ſituation devoient ſe prêter en cette occaſion, pour repouſſer la fraude du mari.

C'eſt dans cet eſprit que notre Auteur a remarqué que ſi le mari acquiert ſeul des Fiefs dans un lieu où la femme doit être inveſtie avec lui, pour pouvoir y prétendre moitié, elle aura récompenſe de moitié du prix, ſuppoſé que le mari n'ait pris l'inveſtiture que pour lui.

La Coutume d'Artois, *art.* 135, porte, qu'en acquiſitions des héritages féodaux, le mari eſt ſeul acquéreur; & ſi la femme n'eſt ſaiſie actuellement, elle ne peut en iceux quereller droit de propriété; ſur quoi Bauduin a fait cette Note. « Si la » Coutume n'a permis que la femme prétendît droit de pro» priété dans les Fiefs dont elle n'a point été ſaiſie, elle ne lui » a pourtant dénié de prétendre la moitié du prix payé comme » des deniers communs, & ſemble que l'intention de la Cou» tume a été telle : car la raiſon qui donne la moitié aux con» joints cottiers, donne auſſi la moitié aux Fiefs, ſinon en pro» priété, du moins au rembourſement du prix.

Je ſais bien, continue-t-il, que vulgairement les Praticiens ne reçoivent cette équitable interprétation; mais il n'y aura jamais fin ſi l'on veut s'arrêter à eux, *& ne ſera jamais bien fait en Juſtice, qui mettra en non chaloir la vérité & raiſon naturelle, ne tenant compte que de l'uſage commun qui eſt bien ſouvent erroné & abuſif.*

M. Maillart obſerve ſur le même article, qu'encore que la femme qui n'eſt pas inveſtie, ne puiſſe pas avoir la moitié des Fiefs acquis par le mari ſeul, durant la communauté, cependant la prohibition des avantages, faite aux conjoints, par la Coutume, donne lieu de dire qu'il eſt dû récompenſe à la femme pour la moitié des deniers pris dans le fonds de la communauté, à l'effet de parvenir à l'acquiſition du Fief; autrement le mari pourroit employer tous les effets de la communauté en acquiſitions féodales; ce qui ſeroit une ſociété léonine.

Cette déciſion de M. Maillart doit être entendue dans le cas d'une communauté ſtipulée par des domiciliés en Coutumes où les Fiefs ne ſe partagent pas en nature, & où l'on n'en partage que le prix, comme en Artois : car ſi la communauté étoit conventionnellement régie par une Coutume où les Fiefs ſont en communauté, M. Maillart obſerve, en *l'art.* 136, *n.* 8, que l'on tient à Paris, que la femme mariée étant domiciliée hors l'Artois, peut prendre en nature, part aux Fiefs ſitués en Artois, acquis durant la communauté : d'où l'on voit le pen-

chant que l'on a à décider toutes les queſtions qui peuvent ſe préſenter à l'occaſion de la communauté, par la convention des Parties.

## *TROISIEME QUESTION.*

Notre Auteur, après avoir, dans les deux queſtions précédentes, examiné l'effet d'une communauté convenue, ſoit générale, & de tous biens, ſoit des biens à acquérir ſeulement pendant le mariage, paſſe enſuite à la queſtion de ſavoir quel eſt l'effet de la communauté ſimple légale, & il eſtime, comme nous l'avons obſervé ci-devant, que les Parties ſont préſumées être convenues de ſe conformer à la Coutume, & que dès-lors la Coutume devient pour eux un contrat qui s'étend part-tout.

M^e. Ch. du Molin paroît être de tous les Auteurs, le plus vif défenſeur de ce ſyſtême de convention préſumée.

En effet, cet Auteur frappé, ſans doute, de la réalité des Coutumes de communauté, ſemble convenir que la Coutume qui établit la communauté entre conjoints, en tant que Coutume, eſt une Loi réelle à renfermer dans ſon territoire; mais conſidérant, d'un autre côté, la juſtice qu'il y avoit que des conjoints mariés & domiciliés en Coutumes qui admettent la communauté des biens qu'ils devoient acquérir enſemble, euſſent part dans ces biens, en quelque lieu qu'ils fuſſent ſitués, & ce, pour ne pas laiſſer la liberté au mari prépoſé pour l'adminiſtration & la conduite de cette communauté, de faire fraude à ſon conjoint, en acquérant dans des Coutumes, dont les Loix pourroient être contraires, il a cru, en ſon *Conſeil* 53, qu'il falloit recourir à une convention, & en préſumer toujours une de la part des conjoints, relative & conforme à la Coutume, au moyen de quoi la Loi devenoit un contrat, & la communauté légale, une communauté voulue & conſentie. C'eſt ce qu'il répete ſur Chaſſeneuz, *Titre des Droits appartenants à gens mariés*, *rubr.* 4, §. 2, *in textu*, au Duché de Bourgogne. *Iſta conſuetudo inducit tacitum contractum ſocietatis, & ille tacitus contractus extenditur ad omnia bona acquiſita ubicumque, nec tollitur ex ſimplici migratione in locum diverſæ conſuetudinis.*

Il eſt donc ſenſible que M^e. Ch. du Molin n'a été obligé d'admettre une pareille convention, que parce qu'il a cru que ſi la

Loi qui admet la communauté entre conjoints, étoit deſtituée de convention, ſoit expreſſe, ſoit tacite, cette Loi ſeroit renfermée dans l'étendue de ſon territoire, & ne pourroit pas s'étendre ſur les biens ſitués ailleurs; chaque Loi, chaque Coutume conſidérée comme telle, n'ayant d'autorité & de Juriſdiction que dans l'étendue de ſon territoire.

Mais le Statut de la communauté, devenu contrat & convention entre conjoints, s'étendra par-tout, non pas en tant que Loi, mais en tant que convention.

M. d'Argentré, au contraire, a rejetté bien loin l'idée & le ſyſtême de la convention préſumée; raiſon pour laquelle il a eſtimé que la Loi étant deſtituée de ce ſecours, ne devoit pas avoir lieu hors l'étendue de ſon territoire, & que des conjoints mariés & domiciliés en Coutumes de communauté, ne ſeroient pas communs pour les biens ſitués en Coutumes, ou qui n'admettent pas cette communauté, ou qui la rejettent.

Ainſi d'Argentré & M^e. Ch. du Molin paroiſſent d'accord en ce point, que la communauté purement ſtatutaire eſt toute réelle; mais ils different, en ce que d'Argentré veut que la Coutume qui admet la Communauté, agiſſe ſimplement comme Loi, & rejette abſolument la convention préſumée; d'où il conclut qu'elle eſt réelle: & M^e. Ch. du Molin veut au contraire que la Loi ſoit toujours enviſagée comme étant accompagnée d'une convention du moins tacite, d'où il conclut qu'elle eſt perſonnelle.

M. Froland, *chap.* 3, *part.* 2 *de ſes Mémoires ſur les Statuts, pag.* 316, a adopté la déciſion de M. d'Argentré; & en la paraphraſant, il dit, en parlant de la convention préſumée, que ce ſont des paroles, & rien au-delà, des ſubtilités d'eſprit, des idées, des chimeres, que la ſeule imagination échauffée produit; qu'il ne faut pas ſuppléer des pactions que les conjoints n'ont pas couchées par écrit, dans le temps qu'ils avoient la liberté de le faire.

C'eſt pourquoi il décide, en ce Chapitre, que la femme, dans un Pays de communauté, où elle & ſon mari avoient leur domicile pour lors, ne peut demander part à titre de commune dans les acquêts faits en Coutumes d'excluſion, lorſqu'il n'y a pas de contrat de mariage; ou s'il y en a un, lorſqu'il ne porte pas de ſtipulation de communauté; il fonde cette déciſion, ainſi que M. d'Argentré, ſur ce que le Statut de la communauté,

dénué de convention expreſſe, eſt abſolument réel ; raiſon pour laquelle M. Froland veut même, *page* 315, que ſi les mariés, dont il vient d'être parlé, avoient acquis dans le Pays de Droit écrit, qui eſt muet ſur la communauté, la femme n'y auroit aucune choſe ; & *page* 321, il dit que quand il n'y a pas de contrat, ces Coutumes où les biens ſont ſitués, ſont les ſeules diſpoſitions qu'il faut ſe propoſer pour regles.

Toute la difficulté de cette matiere conſiſte donc, ſelon la plupart de nos Auteurs, à ſavoir s'il faut admettre, entre conjoints, une convention préſumée d'être, ou de ne pas être communs, ſelon que la Loi du mariage admet, ou rejette la communauté. Me. Ch. du Molin eſt pour la convention préſumée, relative à la Loi du mariage ; & M. d'Argentré, au contraire, exclut toute convention préſumée. Les Parties ſe ſoumettent ſeulement, elles acquieſcent à la Loi matrimoniale ; mais elles ne conviennent pas, & à défaut de convention, il ſe détermine en faveur de la Loi où les biens ſont ſitués.

Pour l'examen de notre troiſieme Queſtion, il faut agiter deux eſpeces différentes.

La premiere, ſi la communauté légale & coutumiere de tous biens, qui a lieu dans la Coutume ſous laquelle les conjoints ont contracté mariage, a ſon effet & ſon exécution ſur les biens appartenants aux conjoints au jour de leur mariage, dans quelque Coutume que ce puiſſe être, même dans les Coutumes prohibitives.

La ſeconde, ſi cette communauté légale & coutumiere a lieu pour les biens acquis pendant le mariage.

Quoique ces deux queſtions paroiſſent devoir ſe décider par les mêmes principes, néanmoins nos Auteurs y ont mis de la différence, & effectivement il y en a.

Car la communauté légale & coutumiere des biens appartenants aux conjoints au jour de leur mariage, pourroit ne pas s'étendre ſur d'autres Coutumes, & celle des biens acquis pendant & conſtant le mariage devoir s'y étendre.

La raiſon en eſt que par rapport aux biens appartenants aux conjoints au jour de leur mariage, il faut, pour qu'ils deviennent communs, que la Loi du domicile matrimoniale agiſſe ſeule ſur ces biens : car dans ce cas il n'y a du fait de perſonne ; au lieu que par rapport aux biens qui s'acquierent pendant le mariage, ils ne ſont acquis & ſitués dans un endroit plutôt que

dans un autre, que par le fait, ordinairement, du mari, & l'on pourroit ſoupçonner de la fraude de ſa part d'avoir acquis dans une Coutume plutôt que dans une autre, & d'avoir mis obſtacle à l'exécution de la Loi matrimoniale, & cette diſtinction n'a pas échappé à Vander Muelen, dans la fameuſe Diſſertation dont nous allons parler. Il obſerve que dans l'eſpece du procès, ſur laquelle il a fait cette Diſſertation, il ne s'agiſſoit que des biens appartenants aux conjoints au jour de leur mariage, & que s'il eût été queſtion de ceux acquis pendant le mariage, il pourroit y avoir lieu de raiſonner autrement. *Quæſtionem illam verſari circa communionem bonorum patrimonialium, non circa ſocietatem, vel communionem aqueſtuum, quæ diſtinctio maxime attendenda eſt, cùm diverſa ratio diverſam Juris diſpoſitionem exigat, quam in præſenti non examinabo.*

Diſtinguons donc les différentes ſortes de biens.

1°. Par rapport à ceux appartenants aux conjoints avant le mariage, ſi on admet mon ſyſtême que la Loi matrimoniale forme à cet égard l'état & la condition de la perſonne, je me ſuis expliqué ci-devant, & j'y renvoie.

Si on veut admettre le ſyſtême de la convention préſumée, j'ai dit encore ci-devant que ſi ces biens étoient ſitués en Coutumes négatives prohibitives, il faudroit indemniſer celui des conjoints dont les biens entreroient en communauté, & ce, proportionnellement à ce qui n'entreroit point en icelle des biens de l'autre conjoint.

Mais ce ſyſtême de convention préſumée n'eſt pas admis de tout le monde, par rapport aux biens dont nous parlons préſentement, & voici l'eſpece qui fut jugée en 1693, au Conſeil Souverain de Brabant, où les avis différents de du Molin & d'Argentré furent pleinement diſcutés, & il faut l'avouer, l'avis de M^e^ Ch. du Molin n'eut pas le deſſus. La convention préſumée fut rejettée, & l'on ſe détermina dans ce tribunal par la ſeule Loi de la ſituation. Nous avons à ce ſujet, comme nous l'avons dit, la fameuſe Diſſertation de Vander Muelen.

Le nommé Pierre Foppens avoit contracté mariage à Bruxelles, lieu de ſon domicile où il n'y a pas de communauté entre conjoints: il n'avoit pas fait de contrat; la femme qu'il avoit épouſée avoit des biens patrimoniaux ſitués dans le Marquiſat de Berg-op-Zoom, où la communauté de tous biens eſt admiſe entre conjoints.

Il

Il fut queſtion de ſavoir, ſi le mari, après le décès de ſa femme, pouvoit prétendre, à titre de communauté, moitié dans les biens patrimoniaux de ſa femme, ſitués à Berg-op-Zoom: dans notre Juriſprudence Françoiſe, la négative n'auroit pas la moindre difficulté: ils étoient non communs par la Loi du domicile matrimonial, ils étoient dès lors non communs partout; mais au Conſeil Provincial du Brabant, l'on jugea pour l'affirmative, en ſe déterminant par les différentes Loix de la ſituation des biens.

Pour juſtifier ce jugement, Vander Muelen a fait la grande Diſſertation que nous venons d'annoncer, & dont l'Extrait a été donné dans l'Hiſtoire des Ouvrages des Savants, au mois d'Octobre 1697; mais comme chacun a ſa maniere d'extraire, on me permettra de propoſer la mienne. Vander Muelen obſerve que toute la difficulté conſiſte à ſavoir, ſi la communauté de ces ſortes de biens entre conjoints naît de la ſimple célébration du mariage, ou ſi elle naît de la Loi, & l'Auteur de la Diſſertation ſe déclare pour la Loi, par les raiſons ſuivantes.

En effet, dit-on, ſi la communauté des biens appartenants aux conjoints au jour de leur mariage, naiſſoit de la célébration du mariage, dès qu'il y auroit un mariage, il y auroit communauté, n'y eût-il, ni Loi, ni convention expreſſe, parce que *poſitâ cauſâ, ponitur effectus*, & cela ſeroit univerſel dans toutes les Nations.

Cependant cette ſociété de biens n'eſt pas admiſe par-tout. Pourquoi? C'eſt que le mariage par lui même n'eſt qu'une ſociété de cœurs, & une uñion de perſonnes & de ſexes. Ils ſont conjoints, encore qu'il n'y ait aucune communauté de biens entre eux; le mariage donne au mari puiſſance ſur la perſonne de ſa femme, & ne touche en rien aux biens qui appartiennent à l'un & à l'autre.

Si nous conſultons, ajoute-t-on, le Droit Romain, ſource de toutes les Loix, nous trouverons que la communauté n'y avoit pas lieu; & pour en être convaincu, il ne faut que jetter la vue ſur toutes les diſpoſitions qu'il contient.

Conſidérons en effet les droits que les Loix accordoient aux maris ſur les biens de leurs femmes: ces diſtinctions entre les biens dotaux & les biens paraphernaux, ces droits de ſucceſſion réciproque, ces défenſes de s'avantager, toutes ces diſpoſitions nous annoncent qu'il n'y avoit point de communauté entre

conjoints; autrement, & si les biens de l'un & de l'autre avoient été communs, ces Loix auroient été inutiles.

Si dans quelques-unes la femme est qualifiée associée, s'il est dit qu'elle ne fait qu'une même maison, cela n'emporte pas un Droit de communauté entre eux de tous biens. Ce sont des termes & des expressions honorables qui marquent l'union du mari & de la femme, & l'usage que celle-ci a des biens de son mari.

A la bonne heure qu'il y ait entre conjoints une société & communauté des biens qu'ils acquierent pendant leur mariage; cette communauté ne naît pas *ex ipso matrimonii contractu, sed potius ex mutua collaboratione: rerum enim domesticarum cura ad utrosque pertinet;* il est de l'état du mari d'acquérir, & de celui de la femme de conserver. *Quod maritus foris facit, uxor intus operatur.*

Mais il ne s'agit pas ici de cette sorte de société dans les biens acquis pendant le mariage; mais de celle que les conjoints pourroient prétendre dans les biens qu'ils avoient au jour de la célébration d'icelui.

Or, cette sorte de communauté ne naît pas de la simple célébration du mariage; cette célébration n'emporte pas par elle-même une volonté dans les conjoints d'être communs en tous biens, & il faut nécessairement que cette communauté naisse, ou de la Loi, ou de la convention expresse.

Nous disons que quand il n'y a pas de Loi, il faut une convention expresse: car on ne peut feindre ici une convention tacite; elle ne pourroit être fondée que sur l'acte de la célébration du mariage, puisqu'il n'y a pas d'autre contrat; & l'on vient d'observer que la célébration du mariage n'emporte par elle-même que la société des cœurs & des personnes.

Il est vrai que dans les endroits où la communauté de tous biens aura lieu, les futurs conjoints, avant leur mariage, pourront l'exclure, & qu'au contraire, ils pourront l'admettre pour les endroits où la Loi ne l'admet pas; mais c'est toujours sous la dépendance de la Loi, qui ne défend pas telles conventions, en sorte que la communauté convenue entre conjoints, vient moins de la convention, que de la Loi qui l'autorise: mais quand ils ne font pas de contrat, & que par conséquent il n'y a pas de volonté marquée, il n'y a d'autre acte que celui de la célébration du mariage, qui par lui-même n'opere pas la communauté de biens.

On convient que celui qui contracte mariage dans un lieu, ſe ſoumet à la Loi de ce lieu, l'approuve même, la choiſit; mais ces approbations & ſoumiſſions, ne peuvent avoir plus de vertu & de force, & plus d'étendue que la Loi, & ſont reſtreintes, ainſi que la Loi elle-même, & par conſéquent elles n'ont pour objet que les biens que la Loi enviſage, & ſur leſquels elle a droit & Juriſdiction.

Ainſi quand des conjoints ont des biens répandus dans différents endroits régis par différentes Loix, ils ſont préſumés ſe ſoumettre à chacune de ces différentes Loix. Leur ſoumiſſion ne renferme pas une excluſion de l'une, plutôt que de l'autre, parce qu'elle eſt toute relative aux différentes Loix, que chacune de ces Loix n'a d'empire & de Juriſdiction que dans l'étendue de ſa domination, & que l'une n'a pas droit de préférence ſur l'autre.

Mais du moment que la ſoumiſſion à une Loi, ne renferme pas une excluſion des autres, chacune de ces Loix agit néceſſairement; & pour empêcher cette action, il faudroit une renonciation expreſſe qui n'exiſte pas, puiſqu'il n'y a pas de contrat, & on ne ſauroit en préſumer une tacite, parce qu'elle ſeroit inutile, l'homme ne pouvant perdre ce que la Loi lui défere de ſon autorité, qu'autant qu'il y renonce expreſſément.

Si la communauté de biens eſt toute ſtatutaire & légale, il eſt donc néceſſaire qu'elle ait lieu pour les biens ſitués en Coutumes qui admettent cette communauté, & qu'elle n'ait point lieu pour les biens ſitués dans des Coutumes, ou qui la rejettent, ou qui ne l'admettent pas, parce que chaque Loi eſt réelle, & quoique bornée par l'étendue de ſon territoire, elle doit être néceſſairement obſervée pour les biens qu'elle commande.

Tel eſt l'effet de chaque Loi: elle affecte les biens, les régit & les gouverne ſouverainement, & par la médiation des biens, on peut dire même qu'elle affecte la perſonne.

Ainſi un domicilié qui a des biens dans une autre Coutume, ne doit pas être regardé dans cette autre Coutume, comme étant étranger entiérement, & non ſoumis aux Loix qui y ont lieu; la Loi le rend ſujet au droit & aux diſpoſitions qu'elle prononce, non pas d'une ſujétion directe & immédiate, mais d'une ſujétion indirecte & médiate, *mediantibus ſcilicet bonis.*

En vain a-t-on recours à une convention tacite & préſumée

de la part des conjoints, pour en tirer la conſéquence que contractant mariage dans le lieu de leur domicile, ils ſont préſumés contracter ſuivant les Loix de ce lieu; que les Loix deviennent, à leur égard, de véritables conventions; qu'elles n'agiſſent plus comme Loix, mais comme ayant été transformées en nature de convention; au moyen de quoi, comme conventions, & non comme Loix, elles s'étendent par-tout. Ce ſyſtême eſt celui de M^e^. Ch. du Molin.

Mais c'eſt un ſyſtême purement d'imagination, & qui n'eſt ſoutenu d'aucun principe.

Dans ce ſyſtême on préſuppoſe une convention tacite entre conjoints, & cependant il n'y en a point; mais bien une ſimple ſoumiſſion, une ſimple déférence à la Loi, qui n'a de relation & d'application qu'aux biens ſitués ſous la domination de cette Loi.

Pour feindre une convention tacite, il faudroit que cette convention prît naiſſance de l'acte même de célébration de mariage, qu'elle y fût renfermée, & qu'un pareil acte fût propre & diſpoſé à la produire & à l'exprimer. C'eſt ainſi qu'un créancier eſt préſumé remettre ſa créance, en rendant au débiteur ſon obligation, ou ſon billet. C'eſt ainſi que le mari qui habite avec ſa femme, depuis qu'il a connu qu'elle étoit coupable d'adultere, eſt préſumé lui remettre l'injure qu'elle lui a faite, &c. parce que l'acte de remettre le billet, ou l'obligation au débiteur même, la copulation maritale, emportent par eux-mêmes ces conſéquences; & c'eſt ce qui ne ſe rencontre pas dans l'acte de célébration de mariage qui, de ſa nature, n'eſt qu'une ſociété de cœurs & de perſonnes, & qui ne renferme pas en lui-même une convention tacite d'être en ſociété de tous biens.

Par conſéquent la Loi qui prononce la communauté de biens, n'eſt pas transformée en convention des Parties, puiſqu'on n'en ſauroit préſumer, ni d'expreſſe, ni de tacite, & que l'acte de célébration de mariage n'en produit & n'en renferme aucune; avec d'autant plus de raiſon, que ceux qui contractent mariage, n'ont pas ſouvent droit de diſpoſer de leurs biens, & par conſéquent n'ont pour eux que la Loi qui décide de leur droit.

La Loi eſt donc la cauſe efficiente, principale & immédiate d'où dérive la communauté de biens. C'eſt elle qui, de ſon autorité & de ſa propre force & vertu, rend les biens communs: elle n'a pas beſoin d'une autre cauſe qui l'aide & qui augmente

ſes forces : elle renferme en elle-même tout ce qu'il faut pour produire cette communauté.

Il eſt vrai qu'il faut un mariage qui précede, ſans quoi la Loi de la communauté reſte ſans action, ou plutôt ſans ſujets, puiſqu'il n'y a pas de conjoints à qui elle puiſſe être appliquée ; mais le mariage n'eſt qu'une cauſe ſeconde & inſtrumentale. Il pourroit y avoir mariage ſans communauté, s'il n'y avoit point de Loi ; mais y ayant une Loi, il y a communauté dès qu'il y a un mariage. Ainſi le mariage ne produit pas la communauté ; c'eſt la Loi ſeule qui lui donne l'être & l'exiſtence, comme cauſe prochaine & immédiate, & le mariage n'eſt qu'un *medium*, par la rencontre duquel la Loi agit & reçoit ſon application.

Que ſi l'on veut encore que le mariage ſoit la cauſe de la communauté, en ce que c'eſt cette ſociété de cœurs & de perſonnes qui a déterminé le Légiſlateur à prononcer la ſociété de biens, en ce cas le mariage ſera la cauſe occaſionnelle & déterminante de la Loi, mais n'en ſera pas la cauſe prochaine & immédiate ; le mariage ne produira pas la communauté de biens, mais la Loi ſeule, à l'occaſion du mariage.

Il faut convenir que ces raiſons de Vander Muelen ſont preſſantes & très-ſolides, & que le ſyſtême de la convention préſumée a de grandes difficultés.

En effet, ſi l'on admet ce ſyſtême, ſi l'acquieſcement & la ſoumiſſion des Parties à la Coutume dans laquelle leur mariage eſt célébré, paſſe, en ce qui concerne la communauté, en force de contrat par elles voulu & conſenti, toutes les autres diſpoſitions de cette même Coutume doivent également paſſer en contrat, & avoir pour elles la faveur de la convention préſumée.

M^e. Ch. du Molin, en nous donnant ſon principe de la convention préſumée, paroît ne l'avoir appliqué qu'au cas de la communauté, & ne nous a point marqué s'il eſt d'autres cas où il faut admettre ce ſyſtême, & ceux où il faut le rejetter, & toutes les raiſons qu'il allegue, militent également à faire admettre cette nature de convention, généralement pour toutes les diſpoſitions de la Coutume du domicile matrimonial. De-là il faudroit dire que les biens du mari étant ſitués en différentes Coutumes, il n'y aura néanmoins qu'un même douaire ſur tous les différents biens, qui ſera réglé ſur la Loi du domicile matrimonial. Ce ſera cette Loi qui décidera ſi la femme

aura douaire, ou si elle n'en aura pas. Ce sera elle qui décidera de la quotité, & il n'y a rien de plus opposé aux principes communément admis en cette matiere.

J'échappe à toutes ces raisons, si l'on m'accorde que la qualité entre conjoints, de commun, ou de non commun, forme leur état & leur condition; que cet état & cette condition sont aussi durables & aussi immuables que la qualité de conjoints, que le Législateur qui connoît l'esprit & les mœurs de ses sujets, & ce qui convient le mieux pour leur bien & leur tranquillité, les veut tels, & que l'on ne peut pas ne pas présumer que les sujets pour l'utilité générale, & le leur particulier, ne se soumettent pas à être tels, en se conformant à la Loi matrimoniale; qu'ainsi il y a toujours, de leur part, une soumission tacite, & c'est le cas de la simple soumission relative à cette Loi.

Il est vrai que quand la Loi matrimoniale est exorbitante; quand elle commande directement aux biens, & qu'elle veut s'étendre sur des biens qui sont hors de son territoire, sans former l'état & la condition de la personne, il y a lieu de la resserrer dans l'étendue de sa Juridiction; & si l'on présume une volonté de la part des conjoints, ce ne peut être que pour la renfermer dans les bornes de leur domicile.

Mais il n'en est pas de même d'une Loi qui forme l'état & la condition des conjoints; la Loi du domicile a droit sur la personne, & la personne une fois affectée de cet état, le porte par-tout par un droit admis universellement dans toutes les Nations, ce droit dût-il s'étendre sur des biens situés ailleurs, parce que ce n'est que médiatement & par voie de conséquence.

Les raisons alléguées par Vander Muelen, influeroient également sur les biens à acquérir pendant le mariage, & sur ceux déja acquis. S'il n'y a qu'un mariage sans autres conventions tacite, ou expresse, & que ce mariage n'emporte que l'union des cœurs & des personnes, chacun, dans ce cas, travaille à sa fortune personnelle; mais si c'est la Loi qui rend communes les acquisitions que les conjoints font, cette Loi ne peut commander qu'aux biens qui lui sont soumis; ainsi les conjoints partageront ici, & ne partageront pas là, suivant la Loi de la situation.

Or, Vander Muelen lui-même n'ose appliquer les maximes qu'il allegue au cas des acquisitions faites pendant le mariage, & nous ne pouvons nous dispenser de convenir que pour le cas

particulier de la communauté des biens à acquérir pendant le mariage, l'avis de M^e. Ch. du Molin a été ſuivi dans nos mœurs, & que nous n'adopterions pas une déciſion contraire.

C'eſt ainſi que Gouſſet, ſur l'Article 67 de la Coutume de Chaumont, décide la queſtion. Notez, dit-il, que cette Coutume & Statut municipal concerne & regarde les perſonnes, leſquelles par cettedite Coutume font ſociété enſemble, & ne conſidere la choſe acquiſe, en ſorte que ſi les deux conjoints par mariage, qui ſont communs en meubles & acquêts, *vi hujus conſuetudinis*, acquierent en Pays de Droit écrit, tels acquêts faits hors Pays Coutumier, ſeront néanmoins communs entre leſdits mariés, ſelon qu'il a été jugé par Arrêt de la Cour de Parlement à Paris, au rapport de M. Boileau, en la tierce-Chambre des Enquêtes, au mois de Février 1549. Et au contraire, ſi deux conjoints par mariage en Pays de Droit écrit, & y demeurants, acquierent en Pays Coutumier, tel acquêt ne ſera commun, mais appartiendra à celui duquel ſeront procédés les deniers, ſelon qu'il a été jugé par ladite Cour de Parlement, au rapport de feu M. de l'Hôpital, lors Conſeiller en ladite Cour, & depuis Chancelier de France.

En 1718 la queſtion s'en étant renouvellée, elle fut jugée en faveur du domicile matrimonial, dans l'eſpece ſuivante, entre Jacques de Gourlade, Officier de Pannetrie chez le Roi, & Demoiſelle Marie de la Gueſpiere, ſa femme, Appellants d'un appointement prononcé en la deuxieme Chambre des Requêtes du Palais, & Demoiſelle Deniſe le Gris, veuve de M. François Auger, Elu en l'Election de Giſors, tutrice de ſon fils mineur, Intimée.

Voici quelle étoit l'eſpece.

En 1655 contrat de mariage entre François Auger & Charlotte Houllet, tous deux nés dans la Coutume de Senlis, & qui y étoient domiciliés au jour de leur mariage.

Dans leur contrat, nulle ſtipulation de communauté : ils continuerent leur domicile ſous la Coutume de Senlis, juſqu'en 1675 ; en 1675 juſqu'en 1683, ils étoient allés demeurer dans l'étendue de la Coutume de Giſors : depuis ils étoient revenus dans la Coutume de Senlis : étoit-ce pour y établir un domicile, ou pour affaires & par forme de ſéjour ? c'eſt un point ſur lequel les parties n'étoient pas d'accord. En 1692, le mari acquit la charge d'Elu à Giſors ; le 5 d'Octobre 1694, la femme décéda

à Giſors, & y fut inhumée; après la mort de la femme, ſes héritiers collatéraux demanderent partage de la communauté conformément à la Coutume de Senlis, ſoit que les biens y fuſſent ſitués, ſoit qu'ils fuſſent ſitués ailleurs, & même en Normandie.

On oppoſoit que le contrat de mariage n'en contenoit aucune ſtipulation.

On répondoit par la Coutume de Senlis, qui admet la communauté entre conjoints, & dans l'étendue de laquelle les conjoints étoient domiciliés au jour de leur mariage; communauté qui, quoique légale, étoit préſomptivement conventionnelle, & s'étendoit ſur tous les meubles & conquêts, en quelques Coutumes qu'ils fuſſent ſitués.

Arrêt du 8 Avril 1718, ſur les concluſions de M. de Lamoignon, lors Avocat-Général, & mort Chancelier de France, qui met l'appellation & ce au néant, émandant, évoquant le principal & y faiſant droit, ordonne que partage ſera fait des effets de la communauté, conformément à la Coutume de Senlis. On s'attacha à la Loi du domicile matrimonial, & M. l'Avocat-Général obſerva qu'il étoit indifférent qu'il y eût contrat ſans ſtipulation de communauté, ou qu'il n'y eût point de contrat; que la queſtion devoit ſe décider par les mêmes principes: plaidants Gautier pour le ſieur Gourlade, & Froland pour la veuve le Gris. J'étois préſent à la plaidoierie.

M. Froland, *pag.* 334 de ſes Mémoires, cite cet Arrêt; mais il ne croit pas qu'il doive faire une déciſion générale, & je ne ſais pourquoi.

Outre le moyen fondé ſur la convention préſumée, on peut ajouter que la Coutume du domicile matrimonial qui admet la communauté entre conjoints, quant aux biens à acquérir, prépoſe à cet effet le mari pour gérer & adminiſtrer, & que la néceſſité d'empêcher la fraude, doit néceſſairement faire admettre la femme à partager les biens acquis pendant le mariage, en quelques Coutumes qu'ils ſoient ſitués.

Mais cette raiſon manque par rapport aux biens que les conjoints poſſedent au jour de leur mariage; il ne reſte donc que la convention. Tout le monde, comme on vient de le voir, ne l'admet pas; je la croirois néanmoins très-admiſſible, même pour ce cas. Il n'eſt rien de plus naturel que de préſumer que des perſonnes de l'un & de l'autre ſexe, qui ſe mettent

tent enſemble, s'y mettent avec quelque prévoyance ſur l'arrangement de leurs effets, & qu'ils adoptent les Loix du lieu où ils vont demeurer, quand elles ne ſont point exorbitantes, & n'excedent point les termes d'une ſociété.

Mais dans mon ſyſtême, je me mets à couvert de toutes difficultés. Le Statut de la communauté regle & détermine l'état & la condition des conjoints, *totum jus ponitur perſonæ*, ainſi que la majorité & la minorité fixent l'état & la condition des perſonnes.

Cet état ſe porte dans toutes les Coutumes à l'exemple de tous les autres états perſonnels.

Ainſi l'homme en communauté par la Loi du domicile matrimonial, eſt en communauté par-tout, ſoit que cette communauté ſoit générale & indéfinie, ſoit qu'elle ne ſoit que des biens acquis pendant le mariage, ſoit que les Coutumes de la ſituation ſoient muettes, ſoit qu'elles ſoient négatives, & même ſoit qu'elles ſoient prohibitives, mais en ce dernier cas, ſous la diſtinction expliquée ſur la premiere & ſeconde queſtion, & qui va être rappellée dans un inſtant.

Que ſi les conjoints ne ſont pas en communauté par la Loi du domicile matrimonial, ils ne le ſeront dans aucunes Coutumes, ſoit qu'elles l'admettent, ſoit qu'elles la rejettent, parce que leur état fixé par la Loi de leur domicile, eſt d'être non communs.

C'eſt pourquoi, quand ils acquerroient conjointement, & dans un lieu de communauté, ils ne ſeroient point pour cela communs entre eux; ils ne pourroient tout au plus que ſe dire copropriétaires par indivis de ce qu'ils auroient acquis conjointement, ſuppoſé qu'ils l'euſſent payé chacun de leurs deniers particuliers; parce que ſi la Loi de la ſituation déclare entre conjoints les héritages communs, c'eſt parce qu'elle préſuppoſe qu'ils le ſont entre eux par état, & dans ce cas la communauté des héritages n'eſt que la ſuite & la conſéquence de la communauté des conjoints : & quand les conjoints ne ſont pas communs, les héritages ne ſauroient l'être de droit; parce que la Loi de la ſituation ne communique les acquiſitions faites pendant le mariage qu'à ceux, ou qu'elle fait communs, ou qui le ſont déja, lorſqu'ils viennent réclamer un bien qui eſt ſitué chez elle.

Que ſi les conjoints par la Loi du domicile matrimonial,

ſont en communauté, & que les Coutumes de la ſituation ſoient prohibitives, en ce cas je diſtingue entre les Coutumes prohibitives de toute communauté, & celles qui ne ſont prohibitives que par rapport à certains biens.

A l'égard des premieres, c'eſt l'état des conjoints & leur condition qui ſe contrarient dans les différentes Coutumes. Dans les unes l'état des conjoints eſt d'être communs d'une communauté générale & de tous biens, & dans les autres l'état des conjoints eſt de n'être communs en aucuns biens, & dans ce combat & cette concurrence, l'état perſonnel du domicile l'emporte ſur l'état perſonnel de la ſituation.

Que ſi la prohibition de la Coutume n'eſt que pour certains biens, en ce cas je regarde cette prohibition comme particuliere & réelle; & le Statut perſonnel étant en concurrence avec le Statut réel, celui-ci l'emporte ſur le premier.

Ce que nous venons de dire préſentement peut être appliqué à pluſieurs ſortes de Coutumes; à celles qui admettent la communauté, à celles qui ne l'admettent pas & à celles qui la défendent abſolument; parce que dans mon ſyſtême ce ſont des états perſonnels qui ſe reglent par la Loi du domicile.

Mais que faut-il dire par rapport à la Coutume de Normandie, qui en rejettant la communauté, admet néanmoins la femme à partager certains effets de la commune collaboration en qualité d'héritiere de ſon mari?

Dira-t-on que dans cette Coutume, l'état de la femme qui y a été mariée, & dont le mari y étoit pareillement domicilié, ſa condition perſonnelle ſoit d'être non commune, & que ſi la Coutume lui défere quelque portion dans la commune collaboration, c'eſt un préſent de la Loi, mais préſent qu'elle ne lui défere qu'à titre de ſucceſſion, & que par conſéquent c'eſt un préſent tout réel que la femme ne ſauroit prendre dans une autre Coutume, où pareille diſpoſition réelle ne ſe trouve pas?

Ainſi, *bene ſit*, ajoutera-t-on, que l'état de commune ſe porte même en Normandie, où l'état & la condition perſonnelle de la femme ſont différents, & que réciproquement l'état de non commune en Normandie ſe porte à Paris, cela eſt conforme aux principes, parce que dans le concours de deux états perſonnels différents, celui du domicile doit l'emporter ſur celui de la ſituation.

Mais à l'égard du bénéfice que la Coutume de Normandie

défere à la femme non commune, c'eſt un bénéfice réel & ſucceſſif; il ne ſe prendra que dans la Coutume de Normandie & ſur les biens qui y ſont ſitués, parce que cette Coutume ne diſpoſe que pour les biens qui ſont ſous ſa domination, & que ces droits ſont concentrés dans les Coutumes qui les accordent. Ce préſent de la Coutume de Normandie n'eſt pas même accordé dans tout ce que le mari peut acquérir, *ex communi collaboratione :* la femme ne prend point part, par exemple, dans le prix du rachat des rentes qu'il devoit avant ſon mariage, & qu'il a rachetées pendant icelui, *art.* 396, ce qui rend ce préſent d'autant plus réel.

Je ne puis m'empêcher de remarquer que les raiſonnements que nous venons de faire, fondent mon plan & mon ſyſtême: la communauté ou la non communauté forme l'état des conjoints; deux Pariſiens en communauté partagent les biens acquis en Normandie; pourquoi? C'eſt qu'ils portent leur état de commun en Normandie : deux Normands, au contraire, ne partagent point à Paris; pourquoi? C'eſt que par une raiſon de réciprocité, l'état perſonnel de Normandie doit l'emporter ſur l'état perſonnel de Paris.

Mais il faut que j'explique ici les doutes qui ſe préſentent naturellement ſur les différentes diſpoſitions de cette Coutume : on aura peine à perſuader que la Coutume de Normandie ſoit une Coutume de non communauté, ni qu'elle ſoit prohibitive de communauté; à la vérité, elle refuſe le nom; mais ne paroit-elle pas accorder la choſe? Elle parle de conquêts, de femme ſéparée, quant aux biens; la Coutume ès *art.* 331, 333, la regarde même comme ayant droit en la propriété d'iceux du vivant de ſon mari, & cela eſt ſi vrai, que ſi elle prédécede, elle tranſmet ce droit à ſes héritiers, *art.* 404; elle reconnoît donc une communauté entre mari & femme. Voyez M. Bouhier, Coutume de Bourgogne, *pag.* 509.

Il faut convenir néanmoins que cette Coutume ne donne à la femme droit à la communauté qu'à titre d'héritiere: c'eſt une voie qu'elle a imaginée, & qui eſt la ſuite de *l'art.* 389 : car ayant voulu que le mari de ſon vivant fût totalement le maître des biens qu'il acquiert, elle a cru qu'elle préjudicieroit à ce droit de maîtriſe, ſi elle déclaroit la femme commune : cependant elle vouloit lui donner quelque part dans la commune collaboration; comment faire ſans la rendre commune? Il faut la

rendre héritiere de ſon mari ; mais ſi elle prédécede, elle ne pourra pas être héritiere ; perdra-t-elle le fruit de ſon travail & de ſon économie ? non ; mais elle le tranſmettra à ſes héritiers. Voilà, ce ſemble, tout l'arrangement de la Coutume de Normandie.

Or, dans ces circonſtances ne pourroit-on pas ſaiſir l'eſprit plutôt que la lettre ? Il y a des conquêts ; donc il y a une ſociété de biens. Il y a une ſociété de biens, puiſque la femme peut ſe faire ſéparer de biens, & que quand elle eſt ainſi ſéparée, elle ceſſe de pouvoir être héritiere des conquêts, & ne peut y demander aucune part, *art.* 80 du Réglement de 1666 : que cette ſociété, ſi l'on veut, ſe recueille par la femme à titre d'héritiere en Normandie, pourquoi ne la regardera-t-on pas comme héritiere à Paris, du moins de convention tacite, relative à la Coutume de Normandie ? N'y a-t-il pas même raiſon ? Cette volonté tacite d'être héritiere pour parvenir à profiter de la commune collaboration, eſt-elle plus difficile à admettre en Normandie, que celle d'être commune dans la Coutume de Paris, pour parvenir à la même fin ?

D'ailleurs la crainte de la fraude ne doit-elle pas engager de prendre ce tempérament ? La Loi donne à la femme un bénéfice dans les biens de commune collaboration ; l'exécution de cette Loi dépendra-t-elle du fait & du miniſtere du mari ? doit-on laiſſer au mari le pouvoir de l'éluder ? & n'eſt-ce pas le cas d'imaginer une convention entre les parties pour lier les mains au mari, & pour placer les conjoints dans l'état & dans la ſituation où les veut la Loi ? Il eſt vrai que nonobſtant la convention prémée, le mari reſte toujours le maître d'acquérir dans des Coutumes locales de Normandie qui ne donnent rien aux femmes, & que *l'art.* 330 de la Coutume générale de Normandie, défend de leur donner au-delà de ce que preſcrivent ces Coutumes : c'eſt un inconvénient auquel il eſt impoſſible de remédier ; ce qui ne doit pas empêcher de ſaiſir l'occaſion de traiter la femme favorablement, quand la Coutume de la ſituation le permet, du moins juſqu'à concurrence de la portion que la Coutume générale de Normandie pourroit donner aux femmes.

Je parle, comme l'on voit, dans le ſyſtême de ceux qui admettent une convention préſumée ; mais comme dans mon ſyſtême je me diſpenſe de cette convention, je m'expliquerai là-deſſus dans un moment.

Mais dès à préſent j'obſerverai qu'il vient d'intervenir deux Arrêts du Parlement, un en la Grand'Chambre, au rapport de M. de Sallabéry, l'autre en la troiſieme des Enquêtes, au rapport de M. de Gars, qui ont refuſé à la femme mariée en Normandie, part dans les conquêts faits à Paris. En voici les eſpeces.

M. Quenet de Franqueville, Conſeiller au Parlement de Rouen, avoit épouſé en l'année 1695, demoiſelle Marguerite d'Auviray, fille de M. d'Auviray de Machonville, Préſident à la Chambre des Comptes de la même Ville. Deux filles iſſues de ce mariage, ſavoir, Demoiſelle Marie-Marguerite de Franqueville, épouſe du ſieur de Lys; & Demoiſelle Anne-Marie de Franqueville, mariée au ſieur de la Beaume. M. de Franqueville, pere, étoit décédé domicilié en Normandie, le 7 Juillet 1710; il avoit fait à Paris pluſieurs acquiſitions pendant ſon mariage; il fut queſtion, entre la mere & les filles, de ſavoir, ſi la mere auroit part dans les acquiſitions de Paris : la mere avoit dreſſé des lots dans leſquels elle avoit compris les biens acquis à Paris dans la claſſe des biens qu'elle devoit partager par moiié en propriété.

Meſſieurs des Requêtes du Palais du Parlement de Rouen, où l'affaire avoit été portée en premiere inſtance, ſur le blâme des lots, avoient, par leur Sentence du 2 Août 1715, adjugé à la mere le tiers ſeulement en uſufruit.

Ce jugement étoit aſſez conforme aux idées & aux moyens que j'ai expliqués dans la queſtion 6 de mes Diſſertations mixtes, & ces idées étoient elles-mêmes conformes à ce que Meſſieurs Froland, Maillard & moi avions penſé; mais notre Cour de Parlement n'a pas adopté nos idées, & a pris un ſyſtême tout contraire; en ſorte que ſur l'appel de cette Sentence de la part de la mere qui demandoit moitié en propre, & pareil appel de la part des enfans qui prétendoient qu'elle ne devoit avoir aucune part dans ces biens, y ayant eu ſur cet appel, au Conſeil du Roi, une demande en renvoi au Parlement de Bretagne, l'affaire fut renvoyée au Parlement de Paris, où elle fut retenue en la Grand'Chambre.

La queſtion y fut traitée très-amplement par deux habiles défenſeurs. M. Paporet l'aîné, étoit pour les filles; M. de Lambon pour la mere, & par Arrêt du 27 Juillet 1745, il fut prononcé ſur ce chef en la maniere ſuivante. » Ordonne que les ac-» quêts & conquêts de la Coutume de Paris, ſeront retirés des

» lots à partager par ladite Dame veuve de Franqueville, & ap-
» partiendront auxdites femmes de Lys & de la Beaume, pour
» être partagés entre elles par égale portion, ſans que ladite Da-
» me veuve de Franqueville puiſſe y prétendre aucune part.

Ainſi, ſuivant cet Arrêt, il ne faut pas dire qu'en Normandie il y ait aucune communauté de biens entre le mari & la femme; mais bien que la femme comme héritiere de ſon mari, prend part ſeulement dans les acquiſitions de ſon mari qui ſont ſituées en Normandie, & que la qualité d'héritiere en laquelle elle prend cette part en Normandie, eſt tellement réelle, qu'elle ne ſe porte pas hors la Province. Voici la ſeconde eſpece.

Marie-Marguerite Bodin, fille du Lieutenant-Criminel au Bailliage de Caux, en la Vicomté de Neuf-Châtel en Normandie, épouſa en 1676, Jean Greſſent, Greffier & Receveur des Conſignations de Neuf-Châtel, qui étoit veuf avec pluſieurs enfants.

De ce mariage, deux garçons & deux filles; mais les deux garçons vécurent fort peu après le décès de leur pere.

Jean Greſſent décéda ſur la fin de 1683, ou au commencement de 1684: l'aînée des deux filles n'avoit que trois ans; l'autre ne naquit que quelques mois après la mort de ſon pere.

Il étoit incertain ſi la veuve Greſſent fit faire inventaire après le décès de ſon mari: on en énonçoit un dans quelques actes, mais ſans le dater, ni nommer l'Officier qui l'avoit fait, & jamais on ne l'a préſenté.

Comme les deux filles étoient mineures, elles avoient beſoin d'un Tuteur. *L'art.* 8 du Réglement du Parlement de Rouen de 1673, donne la préférence à la mere, & *l'art.* 5 lobligeoit du moins de provoquer une aſſemblée; mais rien ne paroiſſoit de tout cela, & l'on prétendoit même que la tutele avoit été déférée à Jean Greſſent, enfant du premier lit, aux termes de *l'art.* 237 de la Coutume; c'eſt ce qui n'étoit pas encore juſtifié.

En 1686, Marie-Madelaine Bodin, veuve de Jean Greſſent, paſſa en ſecondes noces avec le ſieur Louis Vaubert, Commis lors aux Aides à Neuf-Châtel; elle apporta 18000 livres, au dire des filles du premier lit, & 8365 livres ſeulement, au dire des enfants du ſecond lit.

On ſtipula en faveur de la Dame Vaubert, le douaire coutumier, ſon lit, ſa chambre garnie, ſes bagues & joyaux à ſon

choix, ſans préjudice de ſes autres droits à elle attribués par la Coutume de Normandie, ſans leſquelles clauſes & conditions ledit mariage n'eût été fait, ni accompli.

Cinq enfants mâles ſont iſſus de ce mariage, tous baptiſés à Rouen.

Le ſieur Vaubert & la Dame Bodin ſon épouſe, marierent les deux filles du premier mariage en 1704 & 1708; l'une au ſieur Dyri, & l'autre au ſieur Godefroy, & ils leur donnerent, à l'une 7000 livres, & à l'autre 8200 livres; & par leur contrat de mariage, ces deux filles renoncerent à la ſucceſſion future de leur mere, ſauf & ſans préjudice de leurs droits, à la ſucceſſion du feu ſieur Greſſent leur pere, à laquelle elles demeurent ſeulement réſervées.

En 1708 le ſieur Vaubert quitta la Province de Normandie, & vint s'établir à Paris, où il fit différentes acquiſitions. La Dame de Vaubert y eſt décédée en 1715; le ſieur de Vaubert ne fit point d'inventaire.

Le ſieur de Vaubert mourut en 1739. Les deux filles du premier mariage de la Dame Vaubert ſe pourvurent au Châtelet, & demanderent partage dans la moitié des conquêts faits, tant à Paris, qu'ailleurs, par la Dame leur mere, pendant ſon mariage avec le ſieur Vaubert, & ce, pour chacune un ſeptieme, attendu que de leur mere il y avoit ſept enfants, deux du premier lit, & cinq du ſecond, & elles prirent, en tant que de beſoin ſeroit, des Lettres de reſciſion contre les renonciations portées par leurs contrats de mariage.

Les enfants Vaubert les ſoutenoient non recevables dans leurs Lettres & dans leur demande.

L'affaire appointée au Châtelet, intervint Sentence le 12 Décembre 1743, par laquelle, ſans s'arrêter aux fins de non-recevoir des enfants du ſecond lit, les Lettres de reſciſion des filles du premier lit ont été entérinées en tant que beſoin ſera; & en conſéquence, ſans avoir égard aux renonciations, il a été ordonné qu'il ſeroit procédé au partage des biens de la Coutume de Normandie, dans leſquels les filles du premier lit ont droit en qualité d'héritieres, chacune pour un ſeptieme de leur mere, même de la moitié des conquêts faits par le ſieur Vaubert, pendant ſon mariage, tant dans la Coutume de Normandie, qu'à Paris, ou dans d'autres Villes régies par des Coutumes ayant ſemblables diſpoſitions que celle de Paris, dans tous leſquels

biens elles auront pareillement un septieme, avec les intérêts de droit, à la charge par les sept enfants, de rapporter ce qu'ils avoient reçu de leur mere.

Appel de cette Sentence de la part des sieurs Vaubert, enfants du second lit de la Dame Bodin, & ils attaquoient cette Sentence par trois propositions.

La premiere, quand les Dames d'Yvri & Godfroy, filles du premier lit, n'auroient pas renoncé à la succession future de leur mere, elles n'auroient rien à prétendre dans les biens de Normandie, parce qu'elles ont été dotées par leur mere, & qu'elles sont exclues de sa succession par la Coutume de cette Province.

La seconde, dans la même hypothese, elles n'auroient rien à prétendre aux biens acquis pendant le mariage de leur mere avec le sieur Vaubert, parce que leur mere elle-même n'auroit aucun droit dans ces acquisitions.

Enfin, les enfants du second lit prétendoient contre leurs sœurs utérines, qu'elles étoient non-recevables à réclamer contre les renonciations qu'elles avoient faites à la succession future de leur mere.

Les filles du premier lit de la Dame Vaubert répondoient par deux propositions.

La premiere, que la Dame Vaubert a eu droit de partager dans les conquêts faits pendant son mariage, même dans la Coutume de Paris.

La seconde, qu'elles avoient droit d'en réclamer chacune leur portion.

Les Appellants se plaignoient, en premier lieu, de ce que la Sentence avoit admis les filles du premier lit, leurs sœurs utérines, au partage de la succession de leur mere. Jamais, disoient-ils, les filles en Normandie ne viennent à partage vis-à-vis des mâles, soit en directe, soit en collatérale, *Art.* 248 *&* 249. Elles ne peuvent, suivant *l'Art.* 249, prétendre contre eux en directe, que d'être mariées convenablement, quand même la dot seroit au-dessous du mariage avenant, sinon où elles ne trouveroient pas d'occasion d'être mariées, elles ne peuvent prétendre qu'un mariage avenant qui, dans cette Coutume, est la légitime des filles, & qui ne peut jamais excéder, entre elles toutes, le tiers de la succession : elles sont néanmoins admises quelquefois à partage, lorsqu'elles ont été réservées à la succession, ou

en

en haine de l'injuſtice de leurs freres qui refuſent d'entendre à un mariage convenable.

Or, dans l'eſpece les filles ont été dotées convenablement par leur mere; elles ſont donc, par la diſpoſition de la Loi, exclues de ſa ſucceſſion par les freres utérins; mais elles ont en outre renoncé à ſa ſucceſſion future, & ces renonciations ſont autoriſées dans les contrats de mariage, tant par la diſpoſition de pluſieurs de nos Coutumes, que par le droit général du Royaume.

Qu'on n'oppoſe pas que ces renonciations, de la part des filles, ne profitent qu'à leurs freres germains; elles profitent également à ceux qui ne ſont conjoints que d'un côté, dès qu'ils ſont enfants de celui, ou de celle de la ſucceſſion dont il s'agit. 1°. Parce que dans la Coutume de Normandie, *art.* 248, il ſuffit qu'il y ait hoirs mâles. 2°. C'eſt la diſpoſition de pluſieurs autres Coutumes, Anjou, Maine, Auvergne, la Marche, Nivernois, Touraine, Lodunois.

La Coutume de Bourgogne, *tit.* 7, *art.* 21, contient une diſpoſition différente ſuivant Taiſant; mais c'eſt une exception au Droit général.

Les filles prétendoient le contraire; & comme ſur cette queſtion les Parties alléguerent quantité d'autorités, les unes pour prouver que la renonciation d'une fille ne profitoit qu'à ſes freres germains, les autres qu'elle profitoit également aux freres conſanguins, ou utérins, pour les portions qu'ils ſont fondés de prendre dans la ſucceſſion, on ſe contentera de renvoyer à ces autorités.

Pour le premier parti, on citoit le Brun, des Succeſſions, *liv.* 3, *ch.* 8, *ſect.* 1, *n.* 46; Papon, *liv.* 15 *de ſes Arrêts, art.* 10; la Peyrere, *Lett. R, n.* 41; Bretonnier, *queſt. de Droit, Lett. D;* Taiſant, *tit.* 7, *art.* 21, *n.* 3; Baſnage, *art.* 250; Peſnelle, *ſur le même Article;* Louet, *Lett. R, ſom.* 17; Maſuere, *tit.* 32, *n.* 55; Alexander, *liv.* 7, *conſ.* 149.

Pour le ſecond parti, on citoit du Molin, *art.* 242 *de la Coutume de la Marche;* d'Argentré, *art.* 224, *gl.* 6, *n.* 16; Renuſſon, *dans ſon Traité des Propres, C.* 2, *ſect.* 6, *n* 29; Baſmaiſon, *ſur la Coutume d'Auvergne, tit.* 12, *art.* 25; & un Arrêt du 12 Août 1676, au Journal des Audiences, la Coutume de Bourbonnois, *art.* 307; & ſur icelle, Auroux des Pomiers, *n.* 14.

Les Appellants ſe plaignoient, en ſecond lieu, de ce que la

Sentence avoit ordonné le partage des conquêts faits à Paris

Ils disoient, 1°. que c'est la Loi du domicile matrimonial qui décide si les conjoints sont en communauté, ou s'ils n'y sont pas. Or, *l'art.* 389 de la Coutume de Normandie, où le mariage a été célébré, excluoit la communauté, & *l'art.* 330 la prohibe. La Dame Vaubert n'étoit donc pas en communauté, & la translation de domicile n'a pu lui faire acquérir un Droit que la Loi du domicile matrimonial ne lui donnoit pas. 2°. Le Statut de la communauté, ou de la non communauté est, à la vérité, un Statut personnel; mais les avantages que la Coutume de Normandie accorde à la femme non commune, sont purs réels.

En effet, un Statut personnel n'agit que sur les conjoints mariés & domiciliés dans le territoire du Statut. C'est un droit universel, une société générale qui comprend nécessairement les biens de toute espece, meubles & immeubles. Les Coutumes de communauté donnent à la femme commune, moitié dans toutes les acquisitions, & elles ne donnent rien à la femme non commune, & c'est parce que ce droit est universel, qu'il est personnel, l'universalité étant le caractere le plus certain de tout Statut personnel, & on n'en peut citer aucun qui n'ait ce caractere. Quand on dit que l'universalité est le caractere distinctif du Statut personnel, on n'exige pas qu'il soit universel en toutes matieres, mais qu'il soit universel, relativement à la matiere pour laquelle il régit la personne.

Or, la Coutume de Normandie ne donne à la femme, part dans les acquisitions du mari, qu'en qualité d'héritiere; elle n'agit ni universellement, ni uniformément; elle ne lui donne pas des portions uniformes dans le tout; elle distingue le cas de survie & le cas de prédécès de la femme, s'il y a enfants, ou s'il n'y en a pas. Elle distingue encore les biens qui sont en Bourgage, ou hors Bourgage. Les droits sont différents dans tous ces cas; il y a même des usages locaux. Or, des droits si variés ne peuvent venir que de Statuts vraiment réels: car le Statut personnel produit son effet sur la personne, & embrasse les biens universellement & uniformément.

Ainsi le Statut de la communauté, & le Statut exclusif & prohibitif de la communauté, sont l'un & l'autre deux Statuts personnels, en ce que ces Statuts étendent leurs effets partout. La femme commune l'est par-tout: la femme non com-

mune ne l'eſt en aucun endroit ; mais certains avantages que les Coutumes prohibitives peuvent accorder aux femmes non communes, ſont des avantages purs réels.

Ainſi les portions que la Coutume de Normandie donne à la femme dans les acquiſitions que fait ſon mari, ne lui ſont accordées que par un Statut réel renfermé dans la Coutume de Normandie, & ſur les biens ſeulement de Normandie qu'elle déſigne, & le mari a la liberté de les acquérir en un lieu où la femme n'a qu'un uſufruit, plutôt qu'en celui où elle auroit en propriété, & en un lieu où la femme n'a que le tiers, plutôt qu'en celui où elle auroit moitié. D'ailleurs il y a impoſſibilité de diſtinguer à Paris les biens en Bourgage, de ceux qui ſont hors Bourgage, le Bourgage de Rouen, de celui de Bayeux.

On ne doit pas dire que le mari ait promis à ſa femme une moitié en propriété dans toutes les acquiſitions qu'il feroit pendant le mariage ; il ne lui a promis de lui donner part que dans celles qu'il lui plairoit de faire en certains lieux, en petit nombre, & tous ſitués en Normandie.

Cette liberté qu'a le mari de Normandie de diminuer les eſpérances de ſa femme, fait partie de l'eſprit général de cette Coutume. Si le mari pendant le mariage rachete des rentes, & en libere ſes héritages, il n'en eſt dû à la femme aucune récompenſe, *art.* 396 : la même choſe a lieu, ſuivant Peſnelle, s'il fait un bâtiment ſur ſes propres, s'il exerce un retrait lignager ou féodal ; il peut acquérir au Havre, à Caen, Bayeux, Harfleur, Montivillier, Fécamp, où la femme n'a rien : pourquoi ne pourroit-il pas acquérir à Paris ? Enfin les enfants du ſieur Vaubert finiſſoient par un argument tiré du ſexe même des Dames d'Yvri & Godefroy : elles ne peuvent rien prétendre à Paris, qu'en feignant que les biens ont été acquis en Normandie, ou comme en dédommagement de ce que le ſieur Vaubert a acquis à Paris, plutôt qu'en Normandie. Or elles étoient exclues en Normandie, tant par leur ſexe, que par leur mariage.

De la part des Dames d'Yvri & Godefroy, au contraire, on ſoutenoit le bien jugé de la Sentence ; elles diſoient que la Coutume de Normandie paroiſſoit en *l'art.* 389, n'admettre pas de communauté entre mari & femme ; que cependant elle donne un droit à la femme ſur les effets de la commune collaboration ; la Coutume en quantité d'articles, parle des con-

quêts, & même de la propriété que la femme en a, *art.* 329, 330, 331, 332, 333, 365 & 404, & la femme tient ce droit de ſa qualité de femme, de la célébration de ſon mariage & de ſa collaboration dans les acquiſitions faites pendant ſon mariage.

Il eſt vrai qu'elle ne prend en propriété que dans certains biens & en certains lieux, & en uſufruit dans d'autres; mais ce n'eſt pas moins à titre de ſociété.

Or, diſoient-elles, ſi le droit de communauté qu'une femme acquiert en ſe mariant, ne ſauroit être ni détruit, ni même diminué par la tranſlation de domicile de ſon mari, ni par la ſituation des biens qu'il juge à propos d'acquérir; ſi la femme porte ce droit par-tout, il en doit donc être de même du droit que donne la Coutume de Normandie, à celle qui a été mariée ſous ſon empire.

Elles rejettoient l'idée que l'on vouloit donner du Statut perſonnel, que l'on diſoit devoir être univerſel & uniforme partout. Les Statuts perſonnels, diſoient-elles, ſont ceux *quæ perſonam afficiunt;* les réels, *quæ rem afficiunt;* il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient univerſels. Le Statut du Velleyen eſt perſonnel; il n'eſt cependant qu'un Statut particulier. *L'art.* 8, *du tit.* 7 de la Coutume de Cambrai, ne fait entrer dans la communauté que les meubles & les effets roturiers; les Fiefs en ſont nommément exceptés, ſuivant *l'art.* 1, *du tit.* 1: elle ne donne pas un effet univerſel; cependant elle n'en eſt pas moins un Statut perſonnel.

La Coutume de Normandie, à la vérité, a ſes uſages locaux: le droit de la femme dans les conquêts eſt plus ou moins grand dans certains endroits: il y a même quelques lieux, où par uſages particuliers, elle ne prend rien; mais le droit en lui-même n'en eſt pas moins perſonnel: c'eſt toujours un Droit de ſociété & de communauté; & quand les biens ſont ſitués dans des endroits même hors la Normandie, qui reconnoiſſent ce Droit & admettent la femme à participer aux conquêts, elle y exerce ce Droit. On citoit à cette occaſion Béraut, Peſnelle & Baſnage, ſur *l'art.* 329, de la Coutume de Normandie, qui admettent une ſorte de ſociété entre conjoints. Le Brun en ſon Traité de la Communauté, *liv.* 1, *ch.* 1, *n.* 6; M. Froland, *tom.* 1, de ſes Mémoires ſur les Statuts, *p.* 358; Routier, *pag.* 170, & la 41 *conſult.* du 2^e^. *vol.* des Œuvres de

Dupleſſis, & quantité d'Arrêts cités dans ces différents Auteurs. Sur quoi eſt intervenu Arrêt le 7 Mai 1746, qui a jugé contre la prétention des Dames d'Yvri & Godefroy, au rapport de M. de Gars, Rapporteur.

Je ne puis m'empêcher d'avouer d'abord que la queſtion eſt très-difficile; ſi l'on veut préférer l'eſprit de Juſtice & celui du Droit général du Pays coutumier, celui même de la Coutume générale de Normandie, à une ſévérité de termes qui ſe rencontre dans cette Coutume, la cauſe de la femme eſt toute favorable & preſque certaine; ſi, au contraire, on ſe renferme dans certains termes de la Coutume de Normandie, la cauſe de la femme devient plus équivoque & plus douteuſe.

La Coutume de Normandie, en *l'art.* 389, porte que les perſonnes conjointes par mariage ne ſont point communes en biens, ſoit meubles, ou conquêts immeubles; mais les femmes n'y ont rien qu'après la mort du mari: c'eſt cet article qui cauſe tout le mal, & qui eſt très-mal rédigé, comme je l'ai obſervé ci-devant.

Il y a grande apparence que la Coutume n'a voulu marquer par cet article, autre choſe, ſinon que le mari étoit entiérement le maître de gérer & adminiſtrer, comme bon lui ſembleroit, ſans que la femme pût le contredire, & que ce n'étoit qu'après le décès du mari, qu'elle ou ſes héritiers pourroient prendre part dans les biens de commune collaboration, & c'eſt probablement le mauvais arrangement de ces idées qui donne lieu à la contradiction qui ſe trouve dans la Coutume: car en vingt endroits elle parle de conquêts, elle parle même de femmes ſéparées de biens; qu'en peut-on inférer autre choſe, ſinon qu'en refuſant le nom, elle admet la choſe?

Il eſt vrai que l'on peut répondre que la Coutume ayant intention d'accorder quelque bénéfice à la femme pour la récompenſer de ſes ſoins, de ſes peines & de ſa vigilance, & voulant reſtreindre ce bénéfice ſur les biens acquis pendant le mariage, comme étant de ceux à l'acquiſition deſquels la femme pouvoit avoir coopéré, elle ne pouvoit gueres employer d'autres termes que celui de conquêts, non pas qu'elle ait voulu définir que ces biens étoient acquis par le mari & par la femme comme aſſociés, mais ſeulement qu'ils étoient acquis pendant que le mari & la femme vivoient enſemble.

Ainſi ce bénéfice peut avoir pour objet de récompenſer la

femme, mais non pas de l'admettre en partage, & de la regarder non comme une aſſociée, mais ſeulement comme une *factrice*, dont il eſt juſte de reconnoître les ſoins. Ce préſent que fait la Loi n'eſt pas néceſſaire; il dépend de la volonté du mari; il ſemble que la Loi lui ait laiſſé la liberté de décider ſi la femme méritoit récompenſe ou non : car il a la liberté d'acquérir dans des endroits où la femme n'a rien dans les conquêts, dans d'autres où elle n'a qu'un uſufruit, & dans d'autres où elle prend en propriété, & d'ailleurs la Coutume ne donne point de part à la femme dans toutes les épargnes du mari.

C'eſt ce qui feroit connoître qu'il faudroit d'abord s'arrêter au principe général de la Coutume de Normandie, qui eſt qu'il n'y a pas de communauté; mais néanmoins que la Coutume autoriſe & permet que la femme ſoit récompenſée de ſes ſoins & de ſes peines, juſqu'à une certaine concurrence de biens, récompenſe qui eſt entiérement dans la liberté du mari, puiſqu'il eſt maître d'acquérir dans un endroit plutôt que dans un autre.

Or, dans ce point de vue, deux choſes ſont à conſidérer: 1°. point de communauté; 2°. récompenſe arbitraire, & qui dépend entiérement de l'endroit où le mari acquiert; par conſéquent récompenſe réelle qui ne dépend que de la ſituation des biens.

Or, quand le mari acquiert à Paris, il acquiert dans un lieu qui ne donne rien à la femme qui n'eſt pas commune.

La Coutume de Paris défere les conquêts à la femme, ou par une diſpoſition perſonnelle, ou elle les lui défere par une diſpoſition réelle.

Au premier cas, la femme non domiciliée à Paris n'eſt pas affectée par cette Coutume, mais bien par une Coutume toute contraire, quand elle eſt domiciliée en Normandie.

Au ſecond cas, ſi la Coutume eſt réelle, il faut, pour en profiter, que la femme ſoit commune, & elle ne l'eſt pas; de quel droit donc prétendroit-elle quelque choſe à Paris?

Mais en faveur de la femme, on peut répondre que le Statut de la communauté, ou de la non communauté, ne peut être regardé que ſous trois faces : ou comme diſpoſition pure réelle, ou comme diſpoſition perſonnelle, à cauſe de la convention tacite d'être, ou de ne pas être commune, ou comme diſpoſition perſonnelle, en ce qu'elle forme l'état & la condition des gens mariés.

Au premier cas, ſi le Statut de la communauté ou de la non communauté eſt pur réel, les conjoints par mariage, en leur qualité de conjoints, partageront les acquiſitions, ou ne les partageront pas, ſelon la Loi de la ſituation des biens : car c'eſt à la qualité de conjoints que le partage ou non partage eſt attaché ; & c'eſt ainſi que quantité d'Auteurs donnent part aux conjoints dans les conquêts, ou ne leur en donnent aucune, en ne ſe réglant que par la Loi de la ſituation des biens acquis pendant le mariage.

Au ſecond cas, ſi le Statut eſt perſonnel en la premiere maniere, c'eſt-à-dire, en vertu de la convention tacite, il faut dire que la femme mariée en Normandie eſt, à la vérité, non commune ; mais ne peut-on pas dire auſſi que de convention tacite, elle eſt déſignée l'héritiere de ſon mari ? c'eſt ſous cette convention tacite d'être héritiere qu'elle contracte mariage, & cette convention a la force & la vertu d'une inſtitution d'héritiere contractuelle.

Que ſi l'on objecte qu'en admettant ce ſyſtême, la femme mariée en Normandie ſera tacitement inſtituée héritiere dans toutes les Coutumes, & même dans celles qui pourroient être prohibitives de tous avantages, je réponds que cette inſtitution d'héritiere eſt toute relative à la Coutume de Normandie : car la femme n'eſt inſtituée héritiere par la Coutume de Normandie, que pour recueillir conformément à cette Coutume.

Or, dans cette Coutume nous avons *l'art.* 330, qui ne permet pas d'avantager la femme au-delà de ce qui eſt porté par la Coutume ; mais cette Coutume a dans ſon ſein pluſieurs Coutumes locales où la femme ne prend rien comme héritiere.

Ainſi cette inſtitution d'héritiere ne ſe portera pas dans les Coutumes prohibitives de conquêts, & cela relativement à la Coutume de Normandie, qui donne naiſſance à l'inſtitution d'héritier, & ſelon laquelle on doit régler cette inſtitution ; mais elle ſe portera dans les Coutumes qui admettent des conquêts, parce que l'eſprit de récompenſer les femmes eſt le même dans ces Coutumes, que dans la Coutume de Normandie : il eſt vrai que c'eſt en qualité de commune, que ces Coutumes déferent cette récompenſe ; mais rien n'empêche d'y admettre la convention d'héritiere inſtituée.

A la vérité, ſi la Coutume de la ſituation donnoit les deux tiers à la femme, ou le tout dans certains cas, il faudroit ré-

duire ces portions à une moitié, parce que la Coutume de Normandie n'inſtitue la femme héritiere au plus que pour une moitié, & que par *l'art.* 330, elle eſt prohibitive d'une plus grande portion. Mais quand la Coutume du mariage & la Coutume de la ſituation ſe rencontrent dans la quotité, & qu'il n'eſt queſtion que d'y admettre une qualité d'héritiere, plutôt qu'une qualité de commune, il n'y a rien qui puiſſe y faire obſtaclee.

En effet, dans la Coutume de Paris, & autres Coutumes de communauté, ne pourroit-on pas ſtipuler, 1°. qu'il n'y aura pas de communauté entre conjoints? 2°. & néanmoins le mari ne pourroit-il pas, par ſon contrat de mariage, faire donation à ſa femme de la moitié des biens qu'il acquerra pendant le mariage? Mais ſi la femme peut être donataire de ces biens, pourquoi ne pourra-t-elle pas être héritiere inſtituée dans ces mêmes biens?

Enfin, le Statut de la non communauté peut être regardé ſous une derniere face, c'eſt-à-dire, comme formant l'état & la condition de la perſonne; mais cet état dans la Coutume de Normandie, n'eſt pas pur & ſimple, comme dans les Pays de Droit écrit, & dans tous ceux où il n'y a pas abſolument de communauté.

Dans les Pays de Droit écrit & autres ſemblables, l'état de non commun eſt ſans addition, ni modification; chacun acquiert pour ſoi, & non pour ſon conjoint. Ainſi la femme mariée dans ces Pays, n'aura rien dans les Coutumes mêmes de communauté, parce que la Loi du domicile matrimonial ne lui promet rien dans les acquiſitions du mari.

Mais dans la Coutume de Normandie, l'état de non commune eſt accompagné de l'eſpérance de participer aux conquêts du mari. La femme porte cet état ainſi modifié par-tout; & quand les acquiſitions ſe trouvent ſituées en Coutumes qui admettent la femme à participer aux conquêts, pour lors elle exerce le droit que lui donne ſon état & ſa condition.

Je ne ſais pas pourquoi les Juriſconſultes de Normandie ne gouteroient pas ce ſyſtême. Veulent-ils tenir leurs femmes dans une eſpece de ſervitude & de domeſticité, les obliger de travailler, de veiller & conſerver, ſans avoir même de ces récompenſes que les Domeſtiques attendent de leur maître? ou veulent-ils

lent-ils les diſpenſer de tout travail & de tous ſoins, en leur faiſant regarder la fortune de leur mari, comme elles regarderoient celle d'un étranger? Veulent-ils que les filles de la Province aillent chercher ailleurs une condition meilleure que chez elle? Non, l'eſprit de la Coutume n'eſt pas tel. Il faut que les maris ſoient les maîtres; ce droit eſt de toutes les Nations, & les femmes ne ſauroient raiſonnablement s'en ſcandaliſer, & voilà ce qui eſt dans l'eſprit général de la Coutume de Normandie; mais ces maris doivent traiter leurs femmes comme des compagnes & des coopératrices de leur fortune, & la Coutume les regarde ainſi, puiſqu'elle les admet à la qualité d'héritieres, pour participer aux conquêts. Par-tout donc où elles pourront appliquer cette qualité, il eſt de juſtice, il eſt de l'eſprit du Droit Coutumier, il eſt même de l'eſprit particulier de la Coutume de Normandie de l'autoriſer. Ce ſyſtême eſt ſi équitable, qu'il faudroit même faire violence à la Loi, ſi d'ailleurs elle ne ſe prêtoit pas pour y donner cours.

Il y a bien des choſes à reprendre dans le ſyſtême des ſieurs Vaubert. Premiérement, ils diſent le Statut de la communauté & celui de la non communauté perſonnels, & je demande à raiſon de quoi; eſt-ce en eux-mêmes? Tous les Auteurs les ont regardés en ce ſens comme réels, & M^e. Ch. du Molin peut être mis à leur tête. C'eſt la raiſon qui lui a fait imaginer le ſyſtême de la convention préſumée.

Les veulent-ils perſonnels, à raiſon de la convention préſumée? Mais la Coutume de Normandie, en refuſant à la femme la qualité de commune, la nomme héritiere dans les acquiſitions qui ſe font pendant le mariage. Peut-on ſéparer ces deux choſes? Si de convention préſumée, elle n'eſt pas commune, elle eſt du moins, de convention préſumée, héritiere. Cette convention préſumée eſt une eſpece d'inſtitution contractuelle ſubrogée à la qualité de commune, & elle porte cette convention par-tout: elle eſt par-tout héritiere conventionnelle de ſon mari.

Veulent-ils que le Statut de la non communauté ſoit perſonnel, en ce qu'il forme l'état & la condition des conjoints? Mais ſi ſon état eſt de n'être pas commune, c'eſt ſous la modification d'avoir part dans les acquiſitions: elle eſt femme, & femme part prenante dans ce que ſon mari peut acquérir. Ainſi ſi

elle porte ſa qualité de non commune par-tout, elle la porte avec ſa modification.

Mais, dit-on, le mari peut acquérir au Havre, à Caen, Bayeux, &c. & ces endroits ne donnent rien à la femme. C'eſt un inconvénient, comme c'en eſt un que le mari ſoit un diſſipateur, pendant que ſa femme eſt économe; mais eſt-ce une raiſon d'excluſion dans les Coutumes qui admettent des conquêts, & qui en font part à la femme?

Les Appellants veulent que le caractere diſtinctif du Statut perſonnel ſoit d'être univerſel; c'eſt parce qu'il eſt univerſel, diſent-ils, qu'il eſt perſonnel.

A ce premier caractere d'univerſalité, ils ajoutent enſuite celui d'uniformité, en ſorte que le Statut perſonnel doit être univerſel & uniforme, agir univerſellement & uniformément; & comme la Coutume de Normandie ne donne pas univerſellement & uniformément les mêmes droits, ils la diſent, à raiſon de ce, réelle: mais, quoi! une Coutume donnera certains droits, & quelques Coutumes locales en donneront de plus grands, ou de moindres, & cela changera la nature du Statut? Les Coutumes locales ſeront donc perſonnelles: car elles donnent un droit univerſel & uniforme dans la Coutume locale, & la Coutume générale ſera réelle, parce que dans ſon étendue il y a des uſages locaux. La Coutume générale exigera vingt-cinq ans pour la majorité; & s'il ſe trouve une Coutume locale qui n'en exige que vingt, ce Statut général deviendra réel, & le Statut local ſera perſonnel?

C'eſt ce qui fait connoître que le Statut n'eſt pas dit perſonnel par ſes effets univerſels & uniformes, mais bien par l'affectation de la perſonne: ſi la perſonne eſt affectée par le Statut, il eſt néceſſairement perſonnel; mais tout perſonnel qu'il eſt, il peut être, ou n'être pas univerſel. C'eſt ainſi que le Statut du Sénatuſconſulte Velleien, quoique borné aux cautionnements, eſt perſonnel. C'eſt encore ainſi que les Statuts perſonnels réels affectent les perſonnes pour certaines choſes, & ne ſont pas univerſels.

Répondra-t-on que les Statuts perſonnels ſont dits univerſels, parce que la qualité dont les perſonnes ſont affectées, ſe porte par-tout? Mais combien d'Auteurs qui prétendent que lorſqu'il s'agit d'appliquer la qualité perſonnelle aux biens, elle vient échouer contre la Loi de la ſituation?

Diſons donc qu'un Statut eſt perſonnel, quand il affecte la perſonne; qu'à la vérité bien des Auteurs ont prétendu que cette affectation étoit inutile pour les biens ſitués ailleurs; mais que dans nos mœurs nous avons admis d'autres principes; que le caractere diſtinctif du Statut perſonnel, n'eſt pas l'univerſalité & l'uniformité, mais la ſimple affectation de la perſonne, laquelle peut être plus, ou moius univerſelle.

Malgré toutes ces raiſons qui éblouiſſent plus qu'elles n'éclairent, je ne puis que reconnoître la ſageſſe des deux Arrêts ci-deſſus qui ont jugé le contraire.

En effet, la Coutume de Normandie textuellement n'admet pas de communauté entre conjoints.

Il eſt vrai qu'elle admet des conquêts; mais elle ne leur donne pas ce nom pour en faire des biens de communauté, mais pour déſigner ceux qui ont été acquis pendant la durée du mariage, & auxquels la femme a contribué, du moins par ſon attention, ſon économie, ſa bonne conduite dans l'intérieur de ſa maiſon.

Mais la Coutume laiſſe, en quelque maniere, la récompenſe qui peut être dûe à la femme, à l'arbitrage du mari, puiſqu'elle lui permet impunément d'acquérir dans des Coutumes qui ne donnent rien à ſa femme, & qu'il a pluſieurs voies pour diminuer, ou éteindre totalement cette récompenſe.

Ainſi la Coutume de Normandie donne cette récompenſe à la femme de ſon autorité; mais l'exécution dépend entiérement du mari à qui elle accorde toute permiſſion d'augmenter, de reſtreindre, ou même d'éteindre tout droit de la femme dans ces mêmes biens qu'elle qualifie biens conquêts.

D'ailleurs la Coutume ne défere la récompenſe qu'elle accorde à la femme, qu'en qualité d'héritiere, & ce titre eſt tout réel.

Il eſt vrai que cette Coutume en rejettant la communauté, emploie certains termes qui en feroient préſumer une, comme ceux de femme ſéparée de biens; il eſt encore vrai qu'en donnant à la femme la qualité d'héritiere, elle admet un droit de tranſmiſſion en cas de prédécès; ce qui donneroit à la femme un droit de propriété dans les conquêts, du vivant de ſon mari, & ce qui répugne avec la qualité d'héritiere: mais enfin il faut prendre la Loi telle qu'elle eſt rédigée; les peuples s'en accommodent, & c'eſt pour eux qu'elle eſt faite; ſa ſingula-

rité & ſon exorbitance rendent toutes ces diſpoſitions d'autant plus réelles, qu'il s'agit de fonds & biens réels.

Pourquoi, dira-t-on, ne pas admettre une convention tacite emportant inſtitution d'héritier pour la femme? Mais il faudra donc admettre une convention tacite pour toutes les diſpoſitions, quelque réelles qu'elles ſoient, des Coutumes du domicile matrimonial, ce qu'il n'eſt pas poſſible d'admettre.

D'ailleurs cette convention tacite iroit au-delà de la Coutume : car ou elle s'étendroit ſur toutes les acquiſitions faites pendant le mariage, en quelque endroit qu'ils fuſſent ſitués, & de quelque nature qu'ils fuſſent, & la Coutume de Normandie ne dit pas cela ; ou elle ne s'étendroit que ſur les biens de Normandie, & elle devient inutile ; la Coutume ſuffit.

On pourroit peut-être repliquer qu'à la vérité, l'inſtitution ne ſe portera pas ſur toutes les acquiſitions faites pendant le mariage, mais ſur celles ſeulement ſituées en Coutumes qui admettent des conquêts ; mais à cela l'on répond que l'inſtitution d'héritier dans l'eſprit de la Coutume de Normandie, doit être bornée aux biens ſitués en cette Coutume, & que tous ceux acquis ailleurs doivent être conſidérés comme s'ils étoient ſitués à Caen, Bayeux, &c.

Dans le temps que j'écris ceci, voici l'eſpece qui m'eſt propoſée. M. Fe..... Pr..... en la Province de Normandie, a épouſé M. L. Po..... domiciliée dans le même lieu.

Par leur contrat de mariage paſſé en Picardie, il a été convenu qu'au cas que les futurs achetent, pendant leur communauté, quelque bien, le tout ſera partagé par égale moitié entre eux, de laquelle moitié la future épouſe pourra diſpoſer & la vendre, ſi bon lui ſemble ; les futurs époux dérogeant, à cet effet, à toutes Coutumes à ce contraires, laquelle convention néanmoins, au cas que ladite future décede avant le futur époux, n'aura aucun effet pour ſes hoirs & héritiers, mais ſeulement pour elle, au cas que le futur décede avant elle, & quoique les Parties contractent en Picardie, ſont convenues qu'il n'y aura aucune communauté.

Les ſieur & Dame Fe..... ont fait des acquiſitions en Picardie & en Normandie, tant en Bourgage, que hors Bourgage.

On demande quel ſera le ſort de leurs héritiers, ſoit que le mari prédécede la femme, ou la femme le mari. Les conventions de leur contrat peuvent-elles ſubſiſter pour le tout, ou pour partie?

Je réponds à cette demande, que la clauſe du contrat de mariage dont eſt queſtion, eſt un mêlange d'idées mal digérées, conçues ſans exactitude, & qui du premier coup d'œil paroiſſent offenſer les Loix.

Il eſt vrai que ſi la femme prédécede ſon mari, on pourra ſoutenir qu'en ce cas, ſes héritiers n'auront rien dans les acquiſitions; la clauſe, à cet égard, n'étant contraire, ni à la Coutume de Normandie, ni à aucune autre Coutume.

Elle ne l'eſt pas à la Coutume de Normandie : cette Coutume défend bien, *article* 330, d'accorder à la femme des avantages plus forts que ceux que la Coutume donne elle-même, mais elle ne défend pas de les diminuer.

Elle ne l'eſt pas aux autres Coutumes, & en effet dans la Coutume de Paris, qui de Droit admet la communauté, & qui défend très-rigoureuſement tous avantages indirects, on ſtipule aſſez ſouvent que la femme ſeule en cas de ſurvie, pourra prendre part dans les acquiſitions qui ſe feront pendant la communauté, & non ſes héritiers.

Néanmoins la difficulté reſte en entier; car la clauſe eſt indiviſible par elle-même: il faut, ou qu'elle ſoit regardée comme non écrite, & s'entenir à la Coutume du domicile matrimonial, ou il faut qu'elle ait ſon exécution pleine & entiere dans tous les cas y exprimés; de ſorte que ſi on lui donne ſon exécution, la femme prédécédant, ſes héritiers ne pourront rien avoir dans les acquiſitions faites par ſon mari, & réciproquement; & en vertu de la même clauſe, il faudra, en cas de ſurvie, qu'elle prenne pour ſa part la moitié qui y eſt portée.

Ainſi la validité de la clauſe dépend de ſavoir ſi elle peut avoir lieu dans les cas qui y ſont exprimés.

Pour l'examen de cette queſtion, il faut partir d'un principe qui eſt qu'encore que le contrat de mariage, dont eſt queſtion, ſoit paſſé en Picardie, il eſt certain que les deux parties étant domiciliées en Normandie, c'étoit la Loi de cette Province qui étoit leur véritable Loi, celle qui devoit influer dans toutes leurs conventions matrimoniales, & régler leurs Droits dans les acquiſitions qu'ils pourroient faire enſemble : pluſieurs même prétendent que cette Coutume eſt prohibitive de toutes conventions contraires.

Il ſemble d'abord que les conjoints par leur contrat de mariage, aient voulu une communauté entre eux, puiſqu'ils y

diſent que les acquiſitions qu'ils feront pendant leur communauté, ſeront partagées également; mais il eſt ſenſible que ces termes *pendant leur communauté*, ſont une mauvaiſe expreſſion, & qu'ils ont voulu dire ſeulement *pendant leur mariage* : car par la ſuite ils conviennent expreſſément qu'il n'y aura aucune communauté entre eux.

Cette derniere convention eſt conforme à la Coutume de Normandie, qui régit les parties, eu égard à leur domicile, & elle fait connoître le vice de l'expreſſion qui ſe trouve dans la premiere clauſe, & le ſens qu'il faut lui donner.

Suivant cette derniere convention, ne devant pas y avoir de communauté entre les futurs, voyons quel eſt l'effet que l'on peut donner à la clauſe de partager par moitié.

Les parties en ſtipulant que les acquiſitions qu'ils feront, ſeront partagées par moitié, & que la femme, en cas de ſurvie, en aura la propriété, déclarent qu'elles dérogent à cet effet à toutes Coutumes à ce contraires.

Cette clauſe renferme pluſieurs choſes : 1°. un partage des acquiſitions; 2°. un partage par moitié & en propriété; 3°. une dérogation à toutes Coutumes à ce contraires.

Or, en ce qu'elle ordonne un partage des acquiſitions que les futurs feront enſemble pendant leur mariage, elle n'a rien abſolument de contraire à la Coutume de Normandie, qui admet la femme à prendre part dans les conquêts faits par ſon mari pendant ſon mariage.

Mais la clauſe porte que cette part ſera de moitié & en propriété, & ces diſpoſitions ne ſont pas univerſellement admiſes dans toute l'étendue de la Coutume de Normandie.

Cette Coutume, en *l'art.* 329, veut que la femme ait moitié en propriété dans les conquêts faits en Bourgage; & quant à ceux faits hors Bourgage, elle varie dans ſes diſpoſitions; elle en donne moitié au Bailliage de Giſors en propriété, & elle ne donne cette moitié qu'en uſufruit au Bailliage de Caux, & que le tiers, dans les autres Bailliages & Vicomtés, & même en ſimple uſufruit.

Ainſi les futurs ayant ſtipulé que les acquiſitions qu'ils feront, ſeront partagées par moitié & en propriété, n'ont point, à la vérité, bleſſé la Coutume, en ce qui regarde les acquiſitions qui ſe trouveroient ſituées en Bourgage, ni celles faites hors Bourgage, au Bailliage de Giſors; mais elles ſont

contrevenues aux diſpoſitions des Bailliages de Caux, & autres Bailliages ſemblables, & la Coutume de Normandie, *art.* 330, défend tous avantages dans les conquêts plus forts que ceux qu'elle preſcrit.

Il eſt vrai que les futurs, pour autoriſer indiſtinctement la clauſe, ont dérogé à toutes Coutumes à ce contraires; en ſorte que dans leur intention elles ont voulu ſe réſerver le droit d'acquérir par-tout où elles jugeroient à propos, & de partager par moitié & en propriété, ſuivant les cas exprimés dans la clauſe, & c'eſt ce que la Coutume de Normandie par elle-même n'admet pas, ainſi que pluſieurs autres.

Mais cette dérogation à toutes Coutumes à ce contraires, quoique vicieuſe en partie, ne vicie pas la clauſe en entier; elle peut avoir ſon exécution dans quelques Bailliages de la Normandie, & dans un très-grand nombre de Coutumes du Royaume, & par conſéquent elle doit opérer quelque effet.

On convient que s'il s'agiſſoit d'effets, dont les conjoints fuſſent propriétaires au jour de leur mariage, il faudroit, pour les rendre communs entre conjoints, conſulter la Loi de la ſituation, à moins que l'on ne prît le parti de dire que la communauté ou la non communauté forme entre les conjoints leur état & leur condition perſonnelle, comme nous l'avons dit ci-devant.

Mais ici il s'agit de biens à acquérir, & les conjoints convenant que ces acquiſitions ſe partageront par moitié, cette convention qui peut être exécutée en acquérant en Normandie dans des endroits où le partage par moitié & en propriété ait lieu, lie les mains au mari, & lui ôte la faculté de faire fraude en acquérant dans des endroits où la Loi s'oppoſeroit à ce partage, & dès-lors il faudroit une indemnité à la femme qui ſouffriroit ſans cela, ou de la mauvaiſe foi, ou de l'inattention de ſon mari.

On juge tous les jours dans le Parlement de Paris que des conjoints qui y ſont domiciliés, & qui s'y marient, fut-ce même ſans aucune convention expreſſe de communauté, doivent néanmoins partager les acquiſitions que le mari a faites en Normandie: on préſuppoſe à cet effet une convention tacite, en ſorte que pour punir la fraude, & ne pas approuver une acquiſition qui eſt contraire à la convention, nos Auteurs ſe réuniſſent aſſez volontiers à donner du moins une indemnité à la femme.

Mais ſi les conjoints faiſoient des acquiſitions en Picardie, ce ne ſeroit pas le cas de l'indemnité, mais bien de partager les fons par moitié, cette Coutume n'étant pas prohibitive de cette ſorte de partage.

On a jugé au Parlement de Paris, par les Arrêts de 1745 & 1746 ci-deſſus, que des conjoints mariés en Normandie, & qui avoient fait des acquiſitions à Paris, ne pouvoient rien prendre à Paris; mais dans les eſpeces de ces Arrêts, il n'y avoit pas de convention expreſſe de partager les acquiſitions.

En vain oppoſeroit-on que dans la Coutume de Normandie, ce n'eſt pas par convention que les femmes peuvent être admiſes à partager les acquiſitions de leurs maris; mais bien par la qualité d'héritiere que la Coutume imprime dans les femmes mariées, & que les autres Coutumes ne leur donnent pas.

Mais y auroit-il de l'inconvénient que de futurs conjoints Normands ſtipulaſſent par leur contrat de mariage, que le futur ne pourra faire des acquiſitions que dans des endroits qui donnent moitié en propriété à la femme, à l'effet qu'en qualité d'héritiere, elle puiſſe avoir moitié dans ces acquiſitions, comme on admet entre conjoints une convention même tacite d'être communs dans la Coutume de Paris, auquel cas la femme héritiere par convention, ſeroit fondée à demander une indemnité à raiſon des biens dont elle ne pourroit être héritiere, ou à les partager par moitié, comme héritiere convenue pour moitié? Il paroît du moins raiſonnable de dire que quand les conjoints ſtipulent un partage des acquiſitions, cette convention aſſujettit le mari à ne pas acquérir dans des Coutumes où la convention de partager ne puiſſe pas être exécutée par la voie de ſucceſſion; & comme elle peut l'être en acquérant en Normandie, il y a toujours de la faute du mari d'avoir acquis ailleurs, ce qui donne lieu à une indemnité, & récompenſe au profit de la femme; en ſorte que la convention eſt dans ſon contexte un frein pour empêcher d'acquérir dans des endroits où la clauſe n'eſt pas admiſſible, & renferme un moyen d'y remédier quand il en eſt autrement.

Ainſi ce que la Coutume toute ſeule ne feroit pas, la Coutume jointe à la convention, le feroit.

J'ai vu agiter pluſieurs autres queſtions au ſujet de la communauté ou non communauté portée par nos Coutumes.

*PREMIERE*

## *PREMIERE QUESTION.*

Cette queſtion eſt de ſavoir, ſi un Normand qui viendroit ſe marier à Paris, où il épouſeroit une Pariſienne, & qui ſeroit dans l'intention de continuer ſon domicile en Normandie, pourroit ſtipuler une communauté des biens qu'ils acquerront enſemble. La Loi du domicile de la femme le permet; celle du domicile du mari le défend : c'eſt ici un engagement perſonnel, & ce ſont les Loix du domicile qui régiſſent ces ſortes d'engagements. La femme eſt capable d'un pareil engagement; le mari en eſt incapable, *quid Juris?*

J'ai traité cette queſtion en la cinquieme de mes Diſſertations mixtes, où mettant à part toutes les ſubtilités du Droit, & même la rigueur & la ſévérité des principes, j'ai cru que les raiſons politiques, celles du bien de l'Etat demandoient qu'on confirmât cette ſorte de convention, parce que, autrement, les Normands ne pourroient jamais s'allier avec les Pariſiennes, ſans que celles-ci adoptaſſent les Loix de Normandie, pendant que les maris ne pourroient pas adopter celles de Paris, & cela exciteroit une antipathie entre les ſujets d'un même Royaume.

J'ai donc cru non pas en ſuivant rigoureuſement les conſéquences des principes généraux, mais en raiſonnant par des vues qui tendent au bien de l'Etat, que deux perſonnes qui s'allient par mariage, peuvent indiſtinctement adopter les Loix du domicile de l'un ou de l'autre, en ce qui regarde la communauté ou la non communauté des biens à acquérir; parce qu'à cet égard, il faut que les conjoints aient entre eux un état déterminé, du jour qu'ils contractent enſemble, & que pour faciliter les alliances entre ces deux Provinces, il doit être permis aux futurs conjoints d'adopter les Loix de l'un ou de l'autre d'entre eux.

M. le P. Bouhier n'adopte pas ces raiſons : il trouve que le bien public n'entre pour rien dans ces ſortes de mariages. La Normandie, dit-il, a aſſez d'étendue pour qu'un Normand trouve à s'y marier convenablement, & la Pariſienne trouvera aſſez de maris, ſans en chercher en Normandie; mais c'eſt rendre deux grandes Provinces iſolées entre elles, & ſans au-

cune de ces liaiſons de cœur & d'eſtime, que font naître les mariages.

2°. Il croit qu'une Pariſienne, épouſant un Normand, doit épouſer toutes les Loix prohibitives de ſa Nation; mais c'eſt préciſément ce qui fait l'obſtacle au mariage : de futurs conjoints n'auront donc plus le choix de leurs conventions matrimoniales, & avant même que d'être conjoints, la femme doit néceſſairement ſe ſoumettre aux Loix de ſon mari, par abdication entiere des ſiennes propres. *Durus eſt hic ſermo.*

3°. Les Loix du mari, dit encore M. le P. Bouhier, deviennent celles de la femme, parce que les conventions matrimoniales ne ſont cenſées faites que du jour de la célébration du mariage, auquel cas les futurs conjoints ne ſont plus futurs, ils ſont conjoints actuels : cependant encore que la célébration du mariage donne le complément aux conventions, il eſt toujours vrai de dire que ces conventions ſont conventions avant le mariage, & dans un temps libre, & ces conventions ont hypotheque du jour de leur date.

Si l'on ne veut pas entrer dans ces vues, en ce cas il n'y a point d'autre parti à prendre que celui qu'a pris M. le P. Bouhier, que je trouve être confirmé par l'avis de M. Thomas Chauvelin, *art.* 247 de la Coutume de Touraine. *Normanus eques Turonicam conjugem accepit*, avec convention de communauté. *Infra bimeſtre, maritus occubuit, relicto fratre hærede cui vidua negotium faceſſit de univerſitate moventium hoc articulo attributa; hæres allegat domicilium in Normania eſſe*, où la femme ne les gagne pas en cas de ſurvie, *quin imo* il n'y a pas de communauté.

## *SECONDE QUESTION.*

Je ne croirois pas, (& c'eſt une queſtion que j'ai vu agiter ſur cette matiere) qu'un homme & une femme, tous deux Normands, domiciliés en Normandie, & y continuant leur domicile, puſſent ſtipuler entre eux une communauté, telle qu'à Paris, en venant exprès y paſſer leur contrat de mariage; parce qu'étant aſſujettis aux Loix de Normandie qui n'admettent pas une pareille communauté, ce ſeroit, de la part de ſes ſujets, faire fraude à ces Loix, & ſe révolter contre elles. La

communauté, ou non communauté forme l'état des conjoints. Cet état eſt perſonnel, & par conſéquent il dépend entiérement de la Loi du domicile.

C'eſt pourquoi je ne conſidere pas en cette matiere la Loi du lieu où le contrat de mariage ſe paſſe; & deux Pariſiens domiciliés à Paris, (c'eſt encore une autre queſtion) qui ſe trouvant en Normandie, y paſſeroient leur contrat de mariage, avec ſtipulation de communauté, la ſtipuleroient valablement, ſelon moi, nonobſtant la diſpoſition portée par la Coutume de Normandie, parce qu'il ne s'agit en ceci que d'engagements perſonnels, que d'aſſurer même l'état des conjoints, & ce cas particulier me paroît dépendre du domicile de ceux qui contractent.

Pour la déciſion de toutes ces queſtions, je crois que c'eſt s'embarraſſer, que de ſe jetter dans la diſcuſſion des Arrêts qui ont été rendus en cette matiere, dont nous ne ſaurions parfaitement ſavoir les eſpeces & les faits particuliers; & qu'à l'égard de nos Auteurs, c'eſt ſe mettre hors d'état de parvenir à une déciſion vraie & ſolide, que de vouloir décider par leur autorité. Ils ſont tous ſi peu d'accord entre eux, qu'ils ſe détruiſent & ſe contrediſent les uns les autres; & je dirai, avec le Prince de l'Eloquence, *non tam autores in diſputando quàm rationis monumenta quærenda ſunt. Lib.* 1, *de natura Deorum.*

Je crois donc qu'il faut examiner ces queſtions dans une ſimplicité débarraſſée des ambages que nos Auteurs y mettent, & raiſonner par des motifs d'utilité & de bien public, toujours ſupérieurs aux conſidérations particulieres, & devant leſquels la ſévérité des conſéquences qui réſultent de certains principes généraux, doit naturellement plier & ſe ſoumettre.

## *TROISIEME QUESTION.*

Des conjoints domiciliés & mariés à Paris, ſont, pendant leur mariage, des acquiſitions en Normandie, dont les unes ſont ſituées en Bourgage, les autres hors Bourgage; les unes dans le Bailliage de Giſors, & les autres dans le Bailliage de Caux, quelle portion donnera-t-on à la femme dans ces conquêts?

Nous en avons aſſez dit pour faire connoître que, dans cette eſpece, la communauté devant être régie par la Coutume de

Paris, lieu du domicile des deux conjoints au jour de leur mariage, & par conſéquent du domicile matrimonial, il faut oublier que les biens ſont ſitués hors de la Coutume de Paris; parce que s'ils ſont ſitués ailleurs, & que le mari, ou ſes héritiers excipent de la ſituation des biens, pour donner à la femme une moindre portion que celle que donne la Coutume de Paris, cette exception eſt frauduleuſement propoſée au préjudice de l'état des conjoints, qui eſt d'être communs pour moitié dans toutes leurs acquiſitions.

A la vérité, quand deux conjoints font entrer en communauté des biens dont ils ſont déja Propriétaires chacun de leur chef, & que ces biens ſont ſitués dans des Coutumes prohibitives, on peut leur imputer la faute de ne s'être pas fait inſtruire, ou peut-être même d'avoir voulu ſe tromper l'un & l'autre; mais obſervez la différence qui ſe rencontre entre ce dernier cas & le précédent. Dans le dernier cas, les conjoints ſont l'un & l'autre avertis, ou ſont préſumés l'être de la diſpoſition de la Loi de la ſituation, en ſorte qu'on peut toujours leur imputer d'être convenus contre, & au préjudice de la Loi.

Mais dans le premier cas, la convention de la communauté de biens à acquérir (ſi les conjoints en font une) eſt légitime dans ſon principe; aucune autre Coutume que la Coutume matrimoniale n'y a inſpection, ni droit de critique; & s'il n'y a pas de convention entre eux, la Loi y ſupplée & fixe leur état irrévocablement, en ſorte que c'eſt par un fait poſtérieur qu'ils mettent en concurrence une Coutume avec une Coutume: mais ce ne peut être, que la fraude qui excite cette guerre, ou qui la faſſe entreprendre. Il faut la terminer par les principes de la Juſtice, qui veulent qu'une convention légitime dans ſa naiſſance, & qu'un état qui doit être fixe & irrévocable, ne puiſſent être altérés par un fait poſtérieur & frauduleux.

## *QUATRIEME QUESTION.*

Il y a néanmoins une eſpece où l'on ne pourroit imputer de fraude à aucun des conjoints; c'eſt le cas d'une donation faite à l'un d'eux, ou d'un legs d'immeubles ſitués en une Coutume, où telle donation & tel legs ſont propres. Je m'explique. L'Article 246 de la Coutume de Paris veut que choſe immeuble

donnée ſimplement à l'un des conjoints, ſoit commune, & elle n'excepte que les donations faites en ligne directe. Telles ſont encore les Coutumes de Rheims, Orléans, &c. mais nous avons pluſieurs Coutumes qui ordonnent tout le contraire. Anjou, *art.* 313, & Maine, *art.* 507, diſent : *Que ſi don d'héritage eſt fait à l'un des compagnons de communauté, par celui de qui il eſt héritier préſomptif, le don eſt réputé avancement de ſucceſſion, & ne prendront rien les compagnons, car ils n'échoient en communauté.* Voyez Nivernois, quelles choſes ſont meubles, & Amiens, *art.* 51.

*His poſitis*, un homme & une femme domiciliés à Paris, y ont contracté mariage ; l'un d'eux a un parent, dont il eſt héritier préſomptif, & à qui il appartient un fonds ſitué en Anjou, ou au Maine ; ce parent lui donne ce fonds ; entrera-t-il dans la communauté régie par la Coutume de Paris, où l'immeuble donné en collatérale, *etiam ſucceſſuro*, eſt conquêt, ou en ſera-t-il exclus à raiſon de la ſituation ?

A cela je réponds avec une diſtinction : s'il y a convention que ce qui aviendra par donation, legs, ou autrement, tant en directe, que collatérale, entrera en communauté, le fonds légué y entrera, ſi ce n'eſt qu'il fût ſitué en Coutumes prohibitives de la convention ; s'il n'y a pas de convention expreſſe, & que les conjoints ne ſoient communs qu'en vertu de la Loi matrimoniale, ou d'une convention tacite qui eſt toujours relative à cette Loi, je dis, dans ce cas, qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation, parce qu'il ne peut entrer dans cette communauté que ce qui écheoit avec aptitude à y entrer, & que les conjoints ne peuvent réclamer pour biens communs ceux que la Loi de la ſituation répute biens de ſucceſſion ; & l'on peut dire même dès-lors que la Coutume matrimoniale ne contredit pas celle de la ſituation, puiſque, ni la premiere, ni la ſeconde, ne font pas entrer dans la communauté les biens qui ſont de ſucceſſion.

Dans cette matiere il faut tâcher de concilier les Loix avec la droite raiſon : celle-ci eſt antérieure à toutes les autres Loix ; c'eſt la Loi générale de toutes les Nations, la Loi ſainte, dont Dieu a gratifié l'homme ; c'eſt une Loi qu'il a gravée dans ſon cœur ; c'eſt une émanation de cette profondeur de juſtice, qui conſtitue l'eſſence de Dieu, & qui dans le concours de différentes Loix humaines, doit toujours l'emporter, & être préférée.

## *CINQUIEME QUESTION.*

Nous venons de parler des conjoints mariés dans une Coutume qui leur donne, à titre de communauté, une portion fixe & déterminée, & nous avons dit qu'en quelques Coutumes qu'ils acquierent, ils devoient avoir, dans les acquiſitions, les portions que leur donne la Coutume du domicile matrimonial; mais nous avons des Coutumes qui, dans leur étendue, ont des diſpoſitions locales & différentes qui donnent à la femme plus, ou moins dans les biens acquis, ſuivant qu'ils ſont d'une nature plutôt que d'une autre, ou qu'ils ſont ſitués dans un endroit, plutôt que dans un autre. Par exemple, dans la Coutume de Normandie la femme a plus, ou moins dans les conquêts de ſon mari, ſuivant qu'ils ſont en Bourgage, ou hors Bourgage, ou qu'ils ſont ſitués dans les Bailliages de Caux, ou de Giſors, ou dans la Coutume générale de Normandie. L'on demande ſi un mari marié dans la Coutume générale de Normandie, pourra réduire la part de la femme, en acquérant dans des Coutumes locales & particulieres?

Dans la Coutume de Cambrai, *art.* 1 *du tit.* 1, le fief acquêté par les deux conjoints, ou par le mari ſeulement, conſtant leur mariage, tient en propriété la quote & ligne de l'homme, ſoit qu'il en dénomme ſa femme command, & l'en faſſe adhériter ſeule, ou avec lui: car tel command ou adhéritance de la femme ne vaut, ſinon pour la jouiſſance de tel fief, ſa vie durant, après le trépas de ſon mari; & cette diſpoſition de la Coutume de Cambrai eſt conforme à quantité d'autres Coutumes. Or un mari dans ces Coutumes acquerra des fiefs plutôt que des rotures, pour que ſa femme n'ait qu'un uſufruit.

Nous avons encore pluſieurs Coutumes qui donnent au ſurvivant des conjoints, outre la moitié en propriété des biens de la communauté, l'uſufruit de l'autre moitié.

Or, je ſuppoſe que la Coutume du domicile matrimonial ne donne que moitié en propriété ſeulement; le mari pourra-t-il acquérir valablement dans une Coutume, plutôt que dans une autre?

A l'égard de cette derniere eſpece, elle tombe dans les queſtions de ſurvie que je me propoſe de traiter. *Obſerv.* 38.

Mais par rapport aux deux premieres eſpeces qui regardent

la Coutume de Normandie & celle de Cambrai, *quid Juris?*

Je ſupplierai d'abord mon Lecteur de bien prendre l'état de la queſtion. Mes deux eſpeces ſont placées dans le cas où les conjoints ſont domiciliés & mariés dans une Coutume qui, par différentes diſpoſitions locales & particulieres, donne à la femme plus, ou moins dans certaine nature de biens acquis pendant le mariage : car quand les conjoints ſont mariés dans une Coutume qui, dans toute ſon étendue, lui donne une portion uniforme, comme moitié, nous avons dit ci-devant qu'elle doit avoir cette moitié, en quelque endroit que les biens acquis pendant le mariage, ſoient ſitués, par la raiſon que la convention, ou l'état perſonnel, dont les conjoints ſont affectés, les ſuit par-tout, comme je l'ai déja dit.

Mais la difficulté eſt toute entiere dans les deux eſpeces que je viens de propoſer.

Il faut convenir que de pareilles Coutumes peuvent donner ouverture à la fraude, en ce que le mari, maître des acquiſitions qu'il a à faire, ſera plus porté à acquérir dans les lieux où la Loi lui eſt favorable, que par-tout ailleurs, ou en une nature de biens, plutôt qu'en une autre.

Mais enfin telle eſt la Loi. Ces Coutumes qui donnent ainſi des portions inégales, ont ſans doute prévu ces inconvénients. C'eſt dans cette poſition même qu'elles ont donné ces portions inégales. Les conjoints ſont préſumés avoir voulu régler leur communauté ſur le pied de ces inégalités ; & quoiqu'un mari puiſſe, par cette voie, diminuer les droits de la femme, elle y a ſouſcrit, & la Loi ne l'a admiſe à partage, qu'à la charge de cet événement; & dès ce moment, on ne peut pas taxer la Loi de donner ouverture à la fraude, parce que le mari ne promet, ſoit expreſſément, ſoit tacitement à ſa femme, que les portions preſcrites par la Loi des différents lieux où il pourra acquérir dans l'étendue de la Coutume, & il paroît que ce dernier parti doit l'emporter.

Je viens de dire que la Coutume de Normandie donne plus, ou moins à la femme dans les conquêts, ſuivant qu'ils ſont en Bourgage, ou hors Bourgage. J'obſerverai, en paſſant, que par l'Article 138 de cette même Coutume, l'héritage tenu en Bourgage, eſt exempt de payer reliefs, treizieme & autres Droits Seigneuriaux & coutumiers, & que j'ai vu ſoutenir à Paris, en conſéquence de cet Article, que l'héritage tenu en Bourgage

étoit tenu en Franc-aleu; mais je penſerois le contraire. L'héritage tenu en Bourgage eſt exempt de reliefs, treizieme, &c. mais il n'en reconnoît pas moins un Seigneur, dont il eſt dépendant. L'exemption dont le Bourgage jouit, eſt un véritable privilege, une immunité qui doit être renfermée dans ſes termes.

Auſſi l'Article 103 porte qu'en Normandie il y a quatre ſortes de tenures, du nombre deſquelles eſt celle en Bourgage, & cet Article eſt totalement détaché de l'Article qui le précede, & qui définit le Franc-aleu.

## *SIXIEME QUESTION.*

J'obſerverai que, ſuivant un principe répandu dans tout notre Auteur *, l'état de la perſonne eſt un état public & indépendant de l'homme : par exemple, la majorité, la minorité, l'interdiction, & généralement tous les états perſonnels néceſſaires pour la ſociété & pour l'adminiſtration des biens.

* Rodenburgh.

Cependant l'état de commun entre conjoints, quoique état perſonnel, n'eſt pas tellement indépendant de l'homme, que le mari, avant que d'être commun avec ſa femme, par la diſpoſition de la Loi du domicile, ne puiſſe ſtipuler une non communauté. C'eſt ce que nous voyons tous les jours dans des contrats de mariage, où on ſtipule que les conjoints ſeront non communs en biens. Voilà donc un état perſonnel dont l'homme eſt le maître ; ce qui combat les principes les plus généraux & les plus univerſellement reconnus par notre Auteur même.

Je réponds à cette difficulté par des idées ſimples & naturelles. Il eſt des états perſonnels qui intéreſſent toutes les Nations, qui ſont néceſſaires pour entretenir, entre les hommes, une communication indiſpenſable d'affaires & de négociations, & ces états ſont indépendants de l'homme.

Mais il eſt des Statuts perſonnels qui n'intéreſſent pas le général des Nations, ni même le général d'un Royaume, mais ſimplement les familles, *jus publicum autoritate, non utilitate*, & ces états particuliers peuvent dépendre du choix des perſonnes, quand la Loi n'eſt pas négative prohibitive.

Ainſi l'homme mineur ne peut pas ſtipuler qu'il pourra agir comme majeur. L'homme interdit ne pourra pas ſe déclarer libre & maître de ſes biens, &c.

Mais

Mais l'homme qui eſt averti par la Loi, qu'en ſe mariant il ſera en communauté avec ſa femme, peut prévenir la diſpoſition de la Loi, quand elle n'eſt pas prohibitive, parce que cette qualité de commun n'intéreſſe que chaque conjoint, & qu'il peut être de leur utilité particuliere de s'arranger autrement; ce que les Loix, pour la meilleure partie, leur ont permis. *Ea conventio (quâ quis uxorem omnium ſuorum acquiſitorum & conquiſitorum ſociam fecerit) ad jus privatorum refertur. Gothof. L.* 20, *de juriſd.*

Mais quand une fois les conjoints ſont mariés, ſur le pied d'être, ou de ne pas être communs, peuvent-ils, pendant le mariage, en changeant de domicile, convenir qu'ils ſeront dorénavant non communs, quand ils ſont communs, *& vice verſâ?* Comme cette qualité eſt relative entre eux, il ſemble qu'encore que par le ſeul changement de domicile, ils ne puiſſent pas ceſſer d'être tels qu'ils ſont au jour de leur mariage, néanmoins ils le peuvent, ſi depuis avoir été demeurer dans une Coutume où cela eſt permis, ils y conſentent mutuellement.

Notre Auteur, *au Chap.* 4 *de la ſeconde partie du Titre ſecond*, prétend du moins que cela ſe peut par teſtament, quoique cela ne ſe puiſſe pas entre vifs.

D'autres Auteurs, comme Abraham à Weſel, prétendent que cela ſe peut même entre vifs; & enfin, d'autres vont plus loin, & prétendent que ce changement ſe fait par le ſeul changement de domicile. *Quaſi diſcedendo maritus renuntiaverit legibus loci undè migravit, & ſubjecerit ſe foro quò habitatum ivit, abſurdumque videatur aliquem judicari ex prioris civitatis Statuto ubi non amplius degit, & cujus legibus diſcedendo exemptus eſt. Mævius ad jus Lubecenſe, art.* 12, *n.* 401. Mais cet Auteur eſt pleinement réfuté par Abraham à Weſel *de conn. bon. ſoc. n.* 105, qui ſe renferme à ſoutenir que cela ſe peut ſeulement par nouvelle convention; ce qui ne peut s'entendre qu'autant que les nouvelles Coutumes, ſous l'autorité deſquelles ils vont demeurer, le permettent, ou le défendent. Si, par exemple, elles permettent, ou défendent les donations entre vifs, ou les teſtaments. *L. cùm hîc ſtatus* §. *ſi inter virum, ff. de donat. inter vir. & ux. L. alimenta,* §. *qui ſocietatem, ff. de aliment. & cib. leg.*

Mais nous ne vivons, ni dans l'une, ni dans l'autre Juriſpru-

dence. L'état de conjoint eſt immuable parmi nous, en ce qui regle leurs conventions, ſoit expreſſes, ſoit tacites, & des conjoints communs, ou non communs par la Loi matrimoniale, ſont, tant que dure leur mariage, communs, ou non communs. Ils ne ſauroient rien innover en cette partie.

## *SEPTIEME QUESTION.*

Notre Auteur, dans le cours de ce *Chapitre* 5, a répété pluſieurs fois que les conjoints, en contractant mariage, ſont préſumés avoir voulu ce que veulent les Loix du lieu où le mariage a été célébré; mais il marque ſur la fin du *nombre* 15, que cela eſt vrai, pourvu que le mari ne juge pas à propos de le fixer dans le lieu où demeuroit ſa femme, parce que pour lors ce n'eſt pas le lieu du contrat qu'il faut conſidérer, & qu'attendu la deſtination des conjoints, le mariage eſt préſumé contracté ſuivant les Loix du lieu où ils entendent faire leur domicile.

J'ai traité cette queſtion en parlant des gains nuptiaux, *Obſerv.* 38, où j'ai fait voir que ce qu'on appelle *la Loi matrimoniale*, eſt ordinairement la Loi du domicile du mari, ſi ce n'eſt que le mari juge à propos d'établir ſon domicile dans celui de ſa femme.

Outre les autorités que j'ai rapportées pour lors, en voici une autre qui eſt encore bien préciſe. C'eſt celle de Lauterback, en ſa *Diſſert.* 128 *de ſociet. bon. conjug. cap.* 2, *n.* 10; & comme elle contient le précis de tout ce que nos Auteurs ont dit ſur cette matiere, j'ai cru devoir tranſcrire ici tout ce que dit cet Auteur. *Cùm autem inter ſe diſcrepent variorum locorum ſtatuta & conſuetudines, cujus loci ſtatuta, ſive conſuetudo tum inſpicienda fuerit, ſi fortaſſis in domicilio mariti certa reperiatur obſervata conſuetudo diverſa ab eâ quæ in loco contracti matrimonii, domicilii uxoris puta, celebratur, operæ pretium eſt hîc inquirere: loquamur ſub exemplo. Quidam ex Ducatu Witemb. duxit uxorem in Marchia Badenſi, vel Hollandus matrimonium contrahit in Friſia ſecundùm cujus loci mores quamque ſocietatis ſpeciem hi contraxiſſe præſumendi..... quoad diviſionem rerum communium conſtante matrimonio acquiſitarum, aliudve ſimile, locum domicilii mariti, & vigentem in eo conſuetudinem eſſe obſervandam, atque ſic eam ſocietatem videri contractam, quæ ibi*

*recepta, conſtanter ferè concludunt..... Mulier enim, quia per matrimonii conditionem in domicilium mariti tranſitura eſt. D. L. 65 de judici. ſecundùm obſervationem, in loco domicilii mariti contractum eſſe cenſetur, & ipſa quoque mulier animi deſtinatione ibi contraxiſſe preſumitur; & n. 11, extenditur hoc quod modo diximus, etiam ſi in loco domicilii uxoris, ubi contractus matrimonii celebratus eſt, nulla bonorum communio inveniatur recepta; inſpiciendæ enim leges loci matrimonii contracti, qui hîc cenſetur eſſe domicilium mariti, ejuſque ſtatutis ſe contrahentes conformare voluiſſe creduntur, & n. 12, hanc propoſitam ſententiam duplici ratione DD. limitant, & quidem 1°. ſi maritus in uxoris domicilio contrahit animo eo ut ibidem permaneat, nec unquam diſceſſurus. 2°. Si expreſſe inter conjuges aliter fuerit conventum; ſic enim leges domicilii uxoris ſuam habituras vim lubens largior, & n. 13, adſertio hæc de mariti domicilio attendendo, 2°. extenditur, etiamſi extra utriuſque domicilium in loco tertio matrimonium contractum fuerit, hinc ſi forenſes eo in loco contraherent matrimonium, ubi bonorum communio introducta quidem eſſet, ſed poſtquam aliò, ad ſuum ſcilicet domicilium commigrent, ubi communi vivitur jure, nulla inter illos erit bonorum communio.* V. Abraham à Weſel, *tract. de comm. bonorum ſociet. n.* 100.

Il y a cependant encore une autre exception à tous ces principes, qui eſt pour le cas où par les clauſes du contrat il paroît que l'eſprit & l'intention des Parties ont été d'adopter plutôt la Loi de la femme, que celle du mari. Si, par exemple, un homme domicilié à Paris, ſe marie en Pays de Droit écrit, que dans le contrat, on y parle d'augment, de biens paraphernaux & autres clauſes de Droit écrit, *& vice verſâ;* & c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 23 Mai 1688, au rapport de M. de Portail. V. un Arrêt rendu en 1329, que j'ai trouvé tranſcrit dans les Offices de Jolly, *addition au* 1^er^. *liv. pag.* 11.

J'obſerverai ſeulement qu'en marge de cet Arrêt on y trouve la Note ſuivante. *Le mariage, & ce qui en dépend, doit ſuivre le lieu où il eſt contracté,* & cette Note ne paroît pas exacte. Par la lecture que l'on fera de cet Arrêt, on y verra que le mari qui s'étoit marié à Paris, & y avoit épouſé une Pariſienne, y étoit domicilié, & y demeuroit lui-même depuis long-temps, & y avoit encore demeuré depuis ſon mariage, avant que d'emmener ſa femme dans le Périgord; en ſorte que cet Arrêt me paroît

avoir plutôt décidé que le mari ayant ſon domicile à Paris au jour de ſon mariage, c'étoit cette Loi qu'il falloit ſuivre pour régler les conventions matrimoniales, non pas comme lieu du contrat, mais comme lieu du domicile. V. l'Acte de notoriété de M. le Camus, Lieutenant-Civil, du 4 Avril 1703.

## *HUITIEME QUESTION.*

La Loi qui établit une communauté entre conjoints, décide par une ſuite néceſſaire, quand la communauté doit commencer. C'eſt pourquoi ſi la communauté eſt régie par une Coutume qui n'admet de communauté qu'entre ceux dont le mariage a ſubſiſté par an & jour, telles que ſont les Coutumes du Maine, *art.* 508; d'Anjou, 511; Grand-Perche, 102; Châteauneuf, 66; la communauté ne commencera pas avant ce temps, encore que les conjoints vinſſent à acquérir dans la Coutume de Paris, en ſorte que ſi l'un des deux décede dans l'an, ſes héritiers peuvent prendre, ainſi que le ſurvivant, ce que chacun a apporté, & qui lui appartient particuliérement, ſans même être ſujet aux dettes de l'autre. Belordeau, *art.* 404 de la Coutume de Bretagne.

Il y auroit ici une autre queſtion à traiter, qui ſeroit de ſavoir quelles formalités il faut ſuivre pour la diſſolution de la communauté; mais je l'ai agitée en *l'Obſerv.* 23.

## *NEUVIEME QUESTION.*

Nos Coutumes contiennent des diſpoſitions très-variées ſur les fruits pendants ſur les propres des conjoints, au jour de la diſſolution du mariage.

La Coutume de Paris, *art.* 231, veut que ces fruits appartiennent à celui auquel advient l'héritage, à la charge de payer la moitié des labours & ſemences.

Meaux, *art.* 70 & ſuivants, veut que quand les propres ont été labourés & ſemés, ou faits & cultivés à frais communs, tels fruits ſoient meubles, & ſe partagent par moitié entre le ſuivant & les héritiers du trépaſſé.

Maine, *art.* 256, les répute pareillement meubles. V. Orléans, *art.* 207; Bourbon. 284; Berry, *art.* 23 *du Titre des Mariages.*

L'on demande s'il faudra ſuivre la Loi du domicile matrimonial, ou la Loi de la ſituation de l'héritage, & je réponds que s'il s'agiſſoit de fruits de conquêts immeubles, il faudroit ſe décider par la Loi du domicile matrimonial, en quelque endroit que ces biens fuſſent ſitués ; parce que les fonds, en ce qui regarde la communauté, étant regis par cette Loi, les fruits, qui en ſont l'acceſſoire, doivent être régis par la même Loi ; mais dans notre queſtion, il s'agit de fruits de propres. Or, par rapport à ces propres, ils ne ſont pas partie de la communauté : il n'y a que les fruits qui y tombent ; mais ces fruits ne ſont fruits, qu'autant que la Loi de la ſituation les déclare tels, & par conſéquent c'eſt la Loi de la ſituation qui en doit décider. Voyez Bourgeon, *tit.* 1, des biens conſidérés en général, *ſect.* 2, *diſt.* 1, *art.* 8, *fol.* 116, qui décide en faveur de la Loi du domicile, ſans diſtinction. Voyez encore le Brun, des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 7, *ſect.* 1.

Outre la ſociété & communauté d'entre maris & femmes, il eſt des ſociétés tacites cauſées par l'indiviſion des biens ; on demande ſi elles ſont perſonnelles, ou réelles. Ces queſtions ont été traitées par M. le P. Bouhier qui les décide pour la perſonnalité, & feint un contrat à raiſon de l'indiviſion.

Quant à moi il faut convenir que l'indiviſion emporte une eſpece de contrat & de ſociété tacite ; mais cette eſpece de contrat & de ſociété tacite me paroît devoir être entiérement référée aux diſpoſitions de la Loi de la ſituation ; en ſorte que ſi la Loi de la ſituation n'admet une ſociété que de fruits & revenus, la ſociété d'indiviſion eſt renfermée dans les fruits & revenus, & ils ne ſeront tels, que ſuivant que la Loi de la ſituation le déterminera. Si la Loi étend la ſociété juſqu'aux fonds, & les défere, arrivant certains cas & certains événements, au ſurvivant d'entre eux, pour lors la ſociété d'indiviſion aura lieu pour les fonds.

D'où il ſuit que cette ſociété ne doit avoir d'effet, qu'autant que la Loi de la ſituation lui en donne, & ne doit pas s'étendre au-delà ; c'eſt-à-dire, hors l'étendue de la Loi.

C'eſt pourquoi, contre l'avis de M. Bouhier, j'eſtime l'Arrêt du Parlement de Beſançon, dont il parle, du 26 Janvier 1740, meilleur que la Sentence du Bailliage de Salins. V. le Commentaire de M. Bouhier, *ch.* 26, *n.* 233 ; & encore le Traité de Lebrun, qui eſt à la fin de celui de la communauté des biens.

## *DIXIEME QUESTION.*

Par l'Article 279 de la Coutume de Paris, la femme remariée ayant enfants d'un premier lit, ne peut diſpoſer aucunement des conquêts faits avec ſes précédents maris, au préjudice des portions dont les enfants des premiers mariages pourroient amender de leur mere.

On ſait que par l'Arrêt du 2 Avril 1683, rendu en la quatrieme Chambre des Enquêtes, la diſpoſition de cet Article, comme ſinguliere & exorbitante, a été renfermée dans la Coutume de Paris, & n'a point été étendue aux autres Coutumes.

*His poſitis*, des conjoints domiciliés à Paris, & y ayant contracté communauté, ſuivant cette Coutume, acquierent des biens dans des Coutumes où *l'art.* 279 n'a point lieu. *Vice verſâ*, des conjoints domiciliés dans des Coutumes où *l'art.* 279 n'a point lieu, & y ayant contracté communauté, acquierent des biens dans la Coutume de Paris.

L'un de ces conjoints devient veuf avec enfants de ſon premier mariage, & ſe remarie : on demande à quelle Coutume on doit recourir, pour ſavoir ſi le remarié peut, ou ne peut pas diſpoſer des conquêts de ſa premiere communauté.

On peut encore joindre une autre eſpece, & ſuppoſer que le conjoint veuf change de domicile. Il demeuroit à Paris, ou dans l'étendue de cette Coutume, & va demeurer ailleurs, ou bien il demeuroit dans une autre Coutume, & vient demeurer à Paris, & ſe remarie, *quid juris* par rapport aux conquêts meubles, ou immeubles ?

Je n'entrerai pas dans la queſtion de ſavoir ſi *l'art.* 279 de la Coutume de Paris, en ce qui regarde les conquêts, comprend le mari comme la femme. Beaucoup de nos Auteurs ont ſoutenu, juſqu'à préſent, l'affirmative, & ſe fondent ſur deux Arrêts ; l'un du 10 Juillet 1656, appellé l'Arrêt Poitevin ; & l'autre, du 4 Mars 1697, tous deux rapportés au Journal des Audiences. Depuis il y en a eu encore deux autres, l'un du 19 Janvier 1713, & l'autre du 25 Mai 1716, rapportés par l'Auteur du *Traité des Contrats de mariage, pag.* 526.

Mais depuis encore il a paru une petite brochure intitulée, *Eſſai de Diſſertation ſur les Loix des ſecondes noces, & notam-*

*ment ſur l'Article 279 de la Coutume de Paris.* L'Auteur entreprend de prouver la négative, & rapporte même quelques Arrêts plus récents pour ce parti. Ce ſera fort bien fait que de lire cette Diſſertation; mais pour ne point m'écarter des Queſtions mixtes qui ſont mon unique objet, il m'eſt indifférent que la diſpoſition de l'Article comprenne le mari comme la femme, ou qu'il ne comprenne que la femme; ma queſtion n'en ſubſiſte pas moins, & je vais l'examiner.

S'il s'agiſſoit des Loix *fœminæ & hâc edictali, C. de ſecund. nupt.* il n'y auroit pas de difficulté à décider que ces Loix ſont des diſpoſitions réelles qui n'ont lieu, qu'autant que les biens du remarié ſont ſitués dans des endroits où ces Loix ſont en uſage. C'eſt pourquoi ſi le remarié avoit ſes biens partie dans des endroits où ces Loix ſont obſervées, & partie dans des endroits où elles ne le ſont pas, les réductions & prohibitions portées par ces Loix, auroient, ou n'auroient pas lieu. C'eſt ainſi que Sommeren s'en eſt expliqué en ſon Traité *de Jure Novercarum, cap.* 11, *n.* 5: *Lex hâc edictali naturam ſtatuti realis ſapit..... hæc lex preſcripta eſt iis ſolummodo bonis quæ ſita ſunt in loco, ubi dicta conſuetudo viget.* C'eſt encore ce que dit Ant. Mathæus en ſes Obſervations. *Obſ.* 1ª. *n.* 88. *Undè & lex hâc edictali conſideratur apud nos ut ſtatutum reale, coercens tantum, ut patet, conjugalem munificentiam, quantum ad ea bona quæ ibi ſita ubi viget, & in uſum inducta eſt.*

C'eſt auſſi l'avis d'Abraham à Weſel, *art.* 10 des Coutumes d'Utrecht, *n.* 138. *Addam ſtatutum noſtrum eſſe ex genere ſtatutorum realium quorum natura eſt non egredi territorii fines. Fac ergò, patrem cum ex primo matrimonio tres filios haberet, nullis pactis dotalibus compoſitis, ſecundas nuptias contraxiſſe; bona autem ejus in diverſis Provinciis diverſo jure utentibus, ſita eſſe, puta in hac Ultrajectina Hollandia & Gelria; jam in ineunda quantitate portionis novercæ, uniuſcujuſque Provinciæ leges, quæ poſſeſſionibus ſuis injunctæ, atque præfinitæ ſunt, obſervandæ, ac proindè incapacitas novercæ, à ſtatuto noſtro indicta, ad alieni territorii prædia transferri non poterit, verum..... qualitas, vel habilitas, quod ad eadem bona pertinet, à loco ſitus deſumetur.*

Si l'Edit de François II, du mois de Juillet 1560, rédigé d'après les Loix *fœminæ & hâc edictali*, n'étoit pas obſervé exactement en France, & qu'il y eût quelque endroit dans le Royaume, ou ſoit l'Edit, ſoit ces Loix, n'euſſent pas cours, il eſt cer-

tain qu'il faudroit néceſſairement diſtinguer les lieux, & ſuivre l'avis des Auteurs que nous venons de citer, & ceci peut être appliqué à la Coutume de Bretagne, où, ſuivant Hévin, en ſes Annotations ſur Frain, *ch* 137, l'Edit des ſecondes noces ne s'applique pas aux donations mutuelles & égales, même du mari à la femme, & où l'on juge que pareilles donationsne ſe réduiſent pas à la portion du moins prenant, & cet Auteur en rapporte un célebre Arrêt du 6 Mai 1626.

Mais la Coutume de Paris, en l'Article 279, contient, à l'égard des conquêts, une diſpoſition qui lui eſt ſinguliere; delà la néceſſité d'examiner les queſtions que nous avons propoſées.

On pourroit ſoutenir d'abord que les conquêts d'une communauté, ſoit légale, ſoit conventionnelle, ne doivent être regardés que comme formant une ſeule maſſe qui doit être par conſéquent régie par les mêmes Loix & par les mêmes regles.

Que ces acquiſitions faites pendant le mariage, étant appellées conquêts, à raiſon de la communauté qui eſt entre les conjoints, c'eſt la Loi qui régit la communauté, qui doit régler ces conquêts en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués.

Qu'à l'inſtant qu'ils ſont acquis, ils ſont frappés & marqués au coin de la Coutume qui régit la communauté.

Qu'après, comme avant le partage, ils ſont toujours entre les mains du ſurvivant des conquêts de communauté; que la communauté ſoit partagée, ou non partagée, le titre du ſurvivant eſt la communauté, ou tacite, ou conventionnelle qu'il a eue avec le prédécédé; qu'ainſi c'eſt la Loi qui régit la communauté, à laquelle il faut avoir recours.

On peut au contraire ſoutenir qu'à la vérité, en ce qui eſt de l'intérêt des conjoints entre eux, en leur qualité de communs, la Loi qui régit la communauté, eſt celle qui doit régler les conquêts; que c'eſt cette Loi qui décide de ce qui y entre, ou n'y entre pas; que c'eſt elle qui décide du partage de cette même communauté. Mais hors l'intérêt des conjoints comme communs, ces conquêts ſe reglent par la Loi de la ſituation, parce que pour toutes autres choſes, que pour ce qui regarde l'intérêt des conjoints entre eux, les Loix de la ſituation commandent néceſſairement aux biens qui ſont ſitués dans l'étendue de leur domination, & contiennent, à cet égard, autant de diſpoſitions

poſitions réelles. Voyez Brodeau, ſur Louet, *Lett. N, Sommaire* 3, *n.* 7.

C'eſt ainſi qu'encore que certains biens ſoient conquêts, & régis, en ce qui regarde la communauté, par la Loi du domicile matrimonial, néanmoins ſi ces conquêts ſont ſitués en Coutumes qui permettent aux conjoints de ſe donner, ils pourront ſe les donner de la maniere permiſe par la Loi de la ſituation, encore même que par la Loi du domicile matrimonial qui régit la communauté, la donation fût défendue.

J'avoue que je me détermine pour ce ſecond avis. L'Article 279 eſt réel en toutes ſes parties; il a pour matiere les biens, & ſon objet eſt de les conſerver aux enfants des premiers lits. Le prédécédé n'a plus d'intérêt. Il n'eſt plus queſtion de la communauté, en tant que communauté, mais de conquêts devenus biens particuliers du ſurvivant par le partage fait, ou à faire.

Ainſi, inutile dans notre queſtion de recourir aux domiciles des conjoints; inutile encore de connoître ce que preſcrit la Loi qui régit la communauté: il faut ſe fixer à la Loi ſeule de la ſituation, de ſorte que l'Article 279 de la Coutume de Paris n'agira que ſur les conquêts ſitués à Paris; mais auſſi elle agira ſur eux, ſoit que le mariage y ait été contracté, ſoit qu'il ait été contracté ailleurs: il ſuffit qu'ils ſoient conquêts, & ſitués à Paris; & c'eſt ainſi que j'ai répondu ſur la fin d'Avril 1740, par rapport à un mari marié en premieres noces en Bourgogne, qui, pendant ſon mariage, avoit transféré ſon domicile à Paris, où il avoit acquis quantité d'immeubles. Il s'étoit remarié, & avoit fait part d'enfant à ſa ſeconde femme. J'ai répondu que, encore que le premier mariage eût été contracté en Bourgogne, les acquiſitions étant ſituées à Paris, l'Article 279 les régiſſoit pour le cas particulier de la donation, & qu'elles ne devoient pas faire partie de la part d'enfant.

C'eſt par le même principe de réalité, que Burg. *tract.* 1, *n.* 36, a décidé que *ſi municeps Gandenſis ad ſecunda vota migravit, dominium rerum hannonicarum priore toro conſtante devolutarum, ad ejuſdem matrimonii liberos duntaxat tranſmittet, ſine conſideratione quid in loco domicilii, vel originis defuncti obtineat.*

## *ONZIEME QUESTION.*

Des conjoints ſont mariés dans la Coutume de Paris en communauté de biens.

L'un des conjoints rembourſe des deniers de la communauté une rente par lui dûe avant ſon mariage ; il eſt certain que dans cette Coutume le rachat ſera réputé conquêt, ſuivant l'Article 244, & l'héritier de celui qui aura rembourſé ſa propre dette, en ſera quitte pour continuer la moitié de la rente, ſuivant l'Article 245.

Mais ſi la communauté a été contractée dans une Coutume qui n'admet pas pareille fiction, ou qui eſt muette en cette partie, par exemple, dans la Coutume du Grand-Perche, l'autre conjoint aura une action pour l'indemnité & récompenſe de moitié ; action mobiliaire qui ſe trouvera confuſe dans la perſonne du conjoint, ſuppoſé qu'il ſoit donataire mutuel, & en cette qualité tenu des dettes mobiliaires.

Quelle Coutume faut-il obſerver dans ces cas, ou de la Loi du domicile matrimonial, ou de celle que les conjoints peuvent avoir au jour de leur décès ? par-tout ce que j'ai dit ci-devant, je ne fais pas de difficulté de décider qu'il faut ſuivre la Loi du domicile matrimonial, s'agiſſant de régler le partage & les actions de la communauté.

Permettez-moi, à cette occaſion, de vous faire part d'un Arrêt qui a jugé que dans les Coutumes qui ne portent pas la même diſpoſition que l'Article 244 de la Coutume de Paris, on ne doit pas l'y ſuppléer. En voici l'eſpece.

Le 11 Août 1717, la Demoiſelle Louiſe Péligard épouſa en premieres noces le ſieur Deliſte, avec communauté de biens entre eux, ſuivant la Coutume du Grand-Perche ; n'ayant point d'enfants, ils ſe firent, le 3 Avril 1724, un don mutuel de la propriété de tous leurs meubles, de l'uſufruit de leurs conquêts immeubles pendant la vie de celui qui ſurvivroit, & de l'uſufruit de leurs propres pendant neuf ans.

Le ſieur Deliſte, lors de ſon mariage, devoit quatre parties de rentes ; il les rembourſa pendant ſon mariage. Il mourut le 15 Avril 1724, laiſſant ſa veuve & une ſœur qui mourut enſuite. La veuve Deliſte convola en ſecondes noces avec le ſieur Marchand, & l'un & l'autre firent aſſigner les héritiers de cette

ſœur, pour voir dire qu'ils ſeroient tenus de leur continuer moitié de ces quatre rentes.

Ces héritiers ſoutinrent au contraire, que la veuve n'avoit qu'une action pour récompenſe & indemnité, laquelle étant mobiliaire, étoit confuſe en ſa perſonne; la Coutume du Grand-Perche chargeant le donataire mutuel de payer toutes les dettes mobiliaires. Cela fut ainſi jugé par arbitres ſur les lieux. Appel en la Cour.

Défunt M. Riviere, ancien Avocat, plein d'expérience, & qui défendoit avec zele ſes Parties, s'efforça de prouver que la Coutume du Grand-Perche ne s'étant point expliquée ſur la nature du rachat que les conjoints font des rentes, que l'un d'eux devoit au jour de ſon mariage, il falloit ſe régler par l'Article 244 de la Coutume de Paris, comme étant un droit commun, y ayant dix-huit Coutumes qui portent la même diſpoſition, pendant qu'il n'y en a que ſept qui diſpoſent autrement; que la déciſion de la Coutume de Paris étoit ſage, & prévenoit les avantages indirects que les conjoints pourroient faire dans ces Coutumes muettes. Un mari, maître des effets de la communauté, rembourſeroit, ou ne rembourſeroit pas les rentes qu'il peut devoir, & augmenteroit, ou diminueroit le don mutuel, & il citoit une foule d'autorités très-ſéduiſantes.

M. Durand ſe défendit auſſi très-habilement. Il fit voir que dans les principes généraux, *ſolutione tollitur obligatio;* que delà naiſſoit une action de récompenſe, qui étoit toute mobiliaire; que la Coutume de Paris, en l'Article 244, avoit admis une fiction qu'il ne falloit pas admettre dans les Coutumes muettes.

Que tel étoit l'avis de Coquille ſur Nivernois, *art.* 29, *ch. des droits appartenants à gens mariés;* de Lebrun, en ſon Traité de la Communauté, *liv.* 3, *ch.* 2, *diſtinct.* 5, *n.* 11; que telle étoit encore la diſpoſition des Arrêtés de M. le Préſident de Lamoignon, *art.* 46; que s'il falloit recourir aux Coutumes voiſines, celles de Chartres & de Dreux étoient muettes; mais que celles d'Anjou, *art.* 286 & 297; Maine, *art.* 302 & 312; Normandie, *art.* 396, excluent la fiction de la Coutume de Paris, & cette derniere Coutume eſt d'un grand poids, parce que l'Hiſtoire nous apprend que les Comtes d'Alençon poſſédoient une bonne partie du Perche; il alléguoit l'autorité de la choſe jugée. C'étoit un Arrêt du 27 Juillet 1724, rendu

contre la veuve Gobillon, domiciliée à Mortagne, donataire mutuelle de son mari, infirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, du 22 Avril 1718.

Cet Arrêt déclare l'action de récompense prétendue par la veuve Gobillon, pour raison d'une rente de 45 livres 9 sols 6 deniers, rachetée par son mari, confuse en la personne de la veuve, comme donataire mutuelle. Il étoit dit par la Sentence, que ladite rente étoit déclarée appartenir à la veuve pour moitié, comme acquêt, & que l'autre moitié lui seroit continuée pendant la durée de son don mutuel. Sur toutes ces raisons alléguées de part & d'autres, intervint Arrêt en la Grand'Chambre, le 6 Juillet 1727, en faveur du parti que soutenoit M. Durand.

J'estime donc que si la communauté est régie par la Coutume de Paris, il faudra suivre la fiction de l'Article 244 de cette Coutume, encore que la rente remboursée fût hypothéquée sur des biens dans le Grand-Perche & autres Coutumes semblables, *& vice versâ*. Si la communauté est régie par la Coutume du Grand-Perche, il faudra suivre les deux Arrêts ci-dessus, encore que la rente fût hypothéquée sur des biens situés dans la Coutume de Paris.

## *DOUZIEME QUESTION.*

De ce principe, que c'est la Loi du domicile matrimonial qui regle les droits des conjoints dans la communauté, il suit que si la femme mariée dans une Coutume, ou par son forfait, elle ne confisque que ses propres, & où la communauté reste en entier au mari, *jure non decrescendi*, comme Auxerre, *art.* 28, 29; Nivernois, *art.* 4 *des Confiscations ;* si, dit-on, cette femme vient à être condamnée & exécutée pour ses démérites, elle ne confisquera pas ses conquêts en quelques Coutumes qu'ils puissent être situés, par les raisons qui seront dites ci-après.

Mais il est des Coutumes, comme Orléans, *art.* 209, qui veulent que dans le cas même de confiscation, la moitié de la communauté, tant en meubles, qu'immeubles, demeure aux héritiers de la femme, & il en est d'autres, comme Vitry, *art.* 17, *tit.* 1, qui admettent la confiscation.

*His positis*, on demande quelle Coutume il faudra suivre dans ce cas, par rapport aux conquêts immeubles de la commu-

nauté qui ſe trouveront répandus, partie dans des Coutumes de confiſcation, comme Vitry, partie dans d'autres Coutumes où, *jure non decreſcendi*, ils appartiennent au mari, & partie dans la Coutume d'Orléans.

De Lalande, ſur l'Article 209 de la Coutume d'Orléans, propoſe cette queſtion *in terminis*. Selon pluſieurs Coutumes de France, dit-il, entre leſquelles eſt celle-ci, la femme condamnée confiſque ſeulement ſes propres, & non la part qui lui appartient ès meubles & acquêts de la Coutume; mais entre icelles Coutumes, quelques-unes laiſſent cette moitié au mari, comme Seigneur des biens de ladite communauté. Auxerre, *art.* 28 & 29; la nôtre veut qu'elle demeure aux héritiers de la femme. A ce ſujet, on demande quelle regle il convient garder, lorſque les biens ſont épars en diverſes Coutumes, & il répond à l'égard des immeubles, qu'il eſt conſtant qu'ils ſuivent la diſpoſition des Loix municipales de leur territoire. *In quam ſententiam afferri poſſunt. L. de pupillo, ff. de tutor. dat. L.* 4, *ff. de cenſibus, Cap. conſtitut.* 8, *x de in integ. reſ.* Quant aux meubles, pluſieurs tiennent qu'ils ſont dévolus à ceux à qui ordonne la Coutume du domicile de la femme condamnée; & c'eſt l'opinion de du Molin, en la Note ſur l'*art.* 254 de notre vieux Coutumier. *Intellige*, dit-il, *de mobilibus ubicumque ſitis, quia ſequuntur conſuetudinem loci in quo mulier habebat domicilium. Baldus in lege, mercatores, Cod. de vectigalibus & commiſſis, ſed quoad immobilia quæſita, attenditur conſuetudo loci in quo ſita ſunt.* Néanmoins j'eſtime, continue de Lalande, qu'il faut regarder à la Coutume des Lieux où ils (ces meubles) ſe trouvent, à cauſe de la maxime établie, en fait de confiſcation, dans l'Article 331 ci-deſſous, auquel endroit elle ſera expliquée.

M^e Ch. du Molin & de Lalande ſe réuniſſent en un point & ſe diviſent en l'autre. Ils conviennent tous deux qu'à l'égard des immeubles, il faut ſuivre la Loi de la ſituation; mais à l'égard des meubles, M^e. Ch. du Molin les fait régir par la Loi du domicile, au lieu que de Lalande les fait régir comme les immeubles, par les différentes Loix des endroits où ils ſont trouvés réellement exiſtants.

Pour traiter ces queſtions avec quelque ordre, je diſtinguerai trois ſortes de Coutumes, ou de Juriſprudence.

Celles où la femme, par ſon délit, confiſque, à la vérité, ſes biens particuliers, mais non pas les effets qu'elle peut avoir

dans la communauté, leſquels reſtent en entier au mari par une eſpece de droit de non décroiſſement, en haine du fiſc, pour le profit duquel on ne préſume pas que le mari ait voulu acquérir.

Celles où il y auroit confiſcation de tous biens, même de ceux de la communauté.

Et enfin, celles comme Orléans, où la femme confiſque ſes propres ſeulement, & où les effets de la communauté ne demeurent pas au mari, mais bien aux héritiers de la femme condamnée.

Par rapport aux premieres Coutumes que je ſuppoſe être celles du domicile matrimonial, & dans leſquelles la femme confiſque ſes biens particuliers, & non ceux de la communauté, qui reſtent au mari, j'eſtime qu'il eſt inutile de recourir aux Loix de la ſituation, quant aux biens de communauté, ſoit meubles, ou immeubles, parce qu'en quelque endroit que ſoient ſitués les immeubles, ou que les meubles ſe trouvent exiſtants, ces biens étant des effets de communauté, ne connoiſſent reſpectivement aux intérêts du mari, d'autres Loix que celles du domicile matrimonial. C'eſt cette Coutume ſeule qui, relativement aux droits du mari, regle ce que les conjoints doivent avoir dans les acquiſitions faites pendant le mariage, & la maniere dont la communauté doit être partagée dans tous les cas où il y a partage. Les Parties contractent ſur ce pied, & la femme ne ſauroit avoir part dans ces conquêts, ni en diſpoſer au préjudice de ſon mari, que de la maniere que la Loi du domicile matrimonial lui permet d'en diſpoſer; en ſorte que de même que pour le cas du partage ordinaire de la communauté, c'eſt la Loi du domicile matrimonial que l'on ſuit, il en faut dire de même dans le cas où il s'agit d'un partage occaſionné par le délit de la femme, parce que par ſon délit elle ne ſauroit préjudicier au droit qu'a le mari dès le principe & l'origine de la communauté entre eux introduite, & que le mari eſt bien fondé de réclamer ſon droit originaire dans cette communauté.

Il eſt vrai que les conjoints ne ſont pas préſumés avoir prévu un cas auſſi funeſte que celui de la mort civile; mais la Loi, ou la Juriſprudence l'ont prévu pour eux; & les Parties, en contractant communauté, ſe ſont ſoumiſes à toutes les Loix preſcrites pour icelle.

Ainſi, par rapport à ces premieres Coutumes, tous les conquêts, ſoit meubles, ſoit immeubles, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, ſuivent le ſort de la Loi matrimoniale, & non point celui des Loix de la ſituation, & ni l'avis de du Molin, ni celui de Lalande, ne ſauroient y être appliqués; en ſorte que, ſoit les meubles, ſoit les immeubles de la communauté, en quelques endroits qu'ils ſoient, ils ne peuvent appartenir qu'au mari.

Mais ſi le domicile matrimonial eſt ſitué dans les ſecondes Coutumes, c'eſt-à-dire, dans celles qui admettent la confiſcation généralement de tout, même de la part que la femme peut avoir dans la communauté, dans ce cas c'eſt effectivement la Loi de la ſituation, ſoit des meubles, ſoit des immeubles, qu'il faut ſuivre, s'agiſſant pour lors de la ſucceſſion de la femme, & c'eſt pour ce cas que les meubles ſe reglent par la Loi de l'endroit où ils ſe trouvent réellement être, parce que s'agiſſant de procéder à une ſucceſſion, comme en matiere de confiſcation, il faut en ſuivre les regles & les principes; & pour lors il eſt inutile que les meubles & les immeubles conquêts ſe trouvent exiſtants en Coutumes qui les réſervent au mari, parce que ces Coutumes n'étant pas celles du domicile matrimonial, le mari, dans le cas d'une confiſcation, ne ſauroit réclamer une Loi qui ne régit pas ſa communauté.

Enfin ſi le domicile matrimonial eſt dans la Coutume d'Orléans & Coutumes ſemblables, où la confiſcation ne s'étend pas, à la vérité, ſur les conquêts, mais où ces conquêts ne ſont pas conſervés au mari, mais aux héritiers de la femme, comment en uſera-t-on quand ces conquêts ſe trouveront ſitués en Coutumes de confiſcation, ou bien en Coutumes qui les réſervent au mari?

Cette queſtion me paroît très-difficile: car, d'un côté, pourquoi à Orléans la femme qui confiſque ſes propres, ne confiſque-t-elle pas auſſi ſes conquêts? On conçoit que dans les Coutumes où les conquêts reſtent au mari, *jure non decreſcendi*, on feint en haine du fiſc que la femme n'y a aucune part; c'eſt le mari qui les a acquis par ſon travail, des mains duquel il y auroit trop de dureté de les ôter. Il étoit le maître de la communauté; ſa femme n'y avoit qu'un droit habituel: elle n'a point été dans le cas de conſommer ce droit, & il n'eſt pas juſte que le fiſc le conſomme pour elle.

Ainſi, *jure non decreſcendi*, la totalité de la communauté reſte au mari à titre d'acquéreur & de maître, & étant tel dans la Coutume du domicile matrimonial, il doit être conſidéré comme tel dans toutes les autres Coutumes, parce que c'eſt la Loi du domicile matrimonial qui regle la communauté, & qui le déclare ainſi le maître & ſeul propriétaire.

Mais quand la Loi matrimoniale qui régit la communauté, conſerve ces conquêts aux héritiers de la femme, en ce cas, encore que le mari n'y ait plus d'intérêt, néanmoins il ſuffit qu'ils ſoient marqués au coin des conquêts, & qu'ils ſoient conquêts d'une communauté régie par cette Coutume, pour qu'ils ſoient conſervés aux héritiers de la femme, en quelques Coutumes qu'ils ſoient ſitués, même en Pays de confiſcation. Tel me paroît être l'eſprit de ces Coutumes; &, ſelon moi, l'on ſe trouve dans le cas où le Jugement de confiſcation de corps ne prononceroit pas la confiſcation de biens, ou n'en prononceroit que de certains biens.

La raiſon que l'on peut en donner, eſt que la Coutume feint comme dans quantité d'autres qu'au jour de la confiſcation, toute la communauté réſidoit dans le mari qui en étoit le maître; que la femme n'y avoit qu'un droit habituel & poteſtatif qu'elle n'a pu conſommer en aucun temps.

Mais ce qu'elle a de particulier, eſt que la Coutume ne fait cette fiction qu'en haine du fiſc, & non pas en faveur du mari, & pour que lui ſeul profite de ces conquêts, mais afin que les héritiers de ſa femme puiſſent les reprendre de ſes mains. C'eſt une eſpece de fidéicommis dont la Coutume le charge envers les héritiers de ſa femme, comme pour lui ôter le chagrin d'entrer en partage avec le fiſc, & je m'écarte en cela de l'avis de M^e. Ch. du Molin & de celui de Lalande.

Ces biens ainſi conſervés, & qui en cela ſuivent la Loi matrimoniale, ſuivent d'ailleurs, pour le partage entre les héritiers, la Loi de la ſituation; c'eſt un droit ſucceſſif pour eux: ils prennent comme héritiers de la femme; de ſorte que ſi ces conquêts ſe trouvoient ſitués dans une Coutume où le double lien eût lieu, les héritiers conjoints des deux côtés, l'emporteroient ſur les héritiers conjoints d'un ſeul côté ſeulement; & c'eſt dans ce cas que je dirai que les immeubles ſuivent la Loi de la ſituation, non pas pour la confiſcation, mais pour le partage.

En

En continuant de raiſonner ſur la diſpoſition de la Coutume d'Orléans, je dis, quant aux meubles, que s'ils ne ſont pas de la communauté, je les ferai régir, non pas par la Loi du domicile matrimonial, mais par la Loi du lieu où les meubles ſe trouveront réellement exiſtants; parce que s'agiſſant de l'exercice d'un droit de confiſcation, puiſque ces ſortes de meubles y tombent, c'eſt le cas d'en ſuivre les regles & d'adopter l'avis de Lalande.

Mais à l'égard des meubles de la communauté, comme ils ſont conſervés aux héritiers par la Loi qui régit la communauté; que n'étant pas confiſqués, ils reſtent dans le droit commun, ſuivant lequel ils ſuivent le domicile, je les conſerve aux héritiers, en quelque endroit que ces meubles puiſſent ſe trouver, & c'eſt par rapport à cette qualité de meubles qu'il faut appliquer l'avis de M^e. Ch. du Molin, & non pas celui de Lalande. V. ſur la confiſcation en général, ce que j'ai dit en l'*Obſerv.* 19.

*Arrêt du 7 Mai 1746, troiſieme Chambre des Enquêtes, au Rapport de M. de Gars.*

» Notredite Cour, par ſon Jugement & Arrêt, faiſant droit » ſur le tout, met l'appellation & Sentence de laquelle a été » appellé, au néant; émandant, ſans s'arrêter aux Lettres de » reſciſion obtenues par leſdites Marie-Madelaine, Catherine » & Marie-Claire Greſſent, le premier Février 1741; déclaré » leſdites Greſſent non-recevables dans leſdites Lettres de reſ- » ciſion, & dans toutes les demandes par elles formées au Châ- » telet. Ce faiſant, décharge leſdits Pierre Waubert & conſorts, » eſdits noms, de toutes les condamnations contre eux pro- » noncées par ladite Sentence, en conſéquence leur fait pleine » & entiere main-levée des oppoſitions formées par leſdits » Greſſent, aux ſcellés appoſés après le décès dudit Louis de » Waubert, enſemble de toutes les ſaiſies faites à leur requête, » entre les mains des débiteurs de ſa ſucceſſion; ordonne qu'à » payer & vuider leurs mains en celles deſdits Waubert, eſdits » noms, les locataires, débiteurs & payeurs des rentes ſeront » contraints par toutes voies dûes & raiſonnables, & ainſi qu'ils » y ſont obligés, quoi faiſant, déchargés: ſur le ſurplus des Re- » quêtes & demandes, met les Parties hors de Cour; condamne » leſdites Greſſent en tous les dépens des cauſes principale, » d'appel & demandes, même en ceux réſervés.

## OBSERVATION XXX.

RODENBURGH, *au nombre* 16, parle de l'hypotheque que la Loi, ou la Coutume accordent à la femme pour la reſtitution de ſa dot. Il demande ſi cette Loi, qui a lieu à Anvers, & encore dans tous les Pays de la France, régis par le Droit écrit, (je ne ſais pourquoi il n'ajoute pas, & des Pays de Coutumes,) aura force & autorité ſur les biens qui ſont ſitués dans une Coutume où la Juriſprudence eſt différente.

Il obſerve que Chriſtinéus rapporte pluſieurs Jugements pour l'affirmative; mais il n'oſeroit aſſurer que ces Jugements ſoient bien fondés, parce qu'une Loi ne ſauroit donner un droit réel ſur des biens qui ne ſont pas ſous ſa domination.

Qu'en effet à Utrecht la Juriſprudence eſt qu'on ne peut acquérir hypotheque, ſoit générale, ſoit ſpéciale, ſur des biens, ſi ce n'eſt pardevant le Juge qui a ces biens ſous ſa Juriſdiction; l'autorité d'un Juge, qui n'eſt pas celui du lieu de la ſituation, ne pouvant opérer une pareille hypotheque.

De l'hypotheque il paſſe à la préférence, & demande dans le concours de différents créanciers qui pourſuivent leurs paiements ſur des biens ſitués en différents endroits, quelles Loix il faudra ſuivre pour la préférence, & il diſtingue entre les Loix qui regardent la procédure, & celles qui regardent, *meritum cauſæ*.

Quant à la procédure, il dit qu'il faut ſuivre celle où la conteſtation eſt portée.

Il ajoute qu'il eſt de la regle, que ſi les biens d'un débiteur ſolvable ſont vendus, la vente s'en faſſe dans le lieu où les biens ſont ſitués, ou dans celui où ils ſont ſaiſis.

Mais que ſi le débiteur eſt inſolvable, la formalité eſt de ſe pourvoir en ſon domicile, parce que s'agiſſant, en ce cas, de la diſcuſſion de tous ſes biens, les conteſtations qui peuvent naître, doivent être jugées par un ſeul & même Juge: autrement & ſi cette diſcuſſion ſe faiſoit dans pluſieurs Juriſdictions, il pourroit y avoir des Jugements tout différents.

Quant aux Loix qui regardent la déciſion, *meritum cauſæ*, il dit qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation réelle, ou préſumée des biens.

Ainſi, quant aux meubles, leur ſituation préſumée étant dans le lieu du domicile du débiteur, c'eſt la Loi de ce lieu qui en décide, ſi ce n'eſt que le débiteur fût en poſſeſſion de ſes biens, & que la déconfiture ne fût pas encore déclarée; auquel cas il faudra ſuivre la Loi du lieu où les meubles ſaiſis ſe ſeront effectivement trouvés.

Que ſi un homme a pluſieurs domiciles, pour lors les meubles ſuivront le ſort de la Loi du domicile où ils ſe trouveront actuellement, fût-ce même pour le cas de la ſucceſſion.

Mais ſi un homme a une boutique ouverte en différents endroits, & qu'il faſſe, dans un endroit, un commerce différent de celui qu'il fait dans un autre, on a demandé ſi les créanciers qui ont prêté dans un de ces endroits, viendront indifféremment à contribution ſur tous les biens, ou ſi les créanciers de chaque endroit ſeront payés uniquement ſur les meubles qui ſe trouveront en cet endroit, & notre Auteur eſt pour la contribution, par la raiſon qu'un créancier qui prête, prête ſur tous les biens du débiteur.

Que ſi le contrat a été paſſé hors le domicile du débiteur, & que le lieu du contrat donne des privileges au créancier, que ne donne pas la Loi du domicile du débiteur, dans ce cas, c'eſt encore la Loi du débiteur qu'il faut ſuivre, celle du contrat ne décidant que de la forme, du mode, de la condition, & généralement de la nature en entier de l'engagement entre les contractants, mais ne faiſant point loi à des tiers qui n'ont point contracté dans le lieu.

Que ſi le débiteur change de domicile, pour lors les droits que les créanciers avoient ſur les meubles, ſeront régis par les Loix de ce nouveau domicile, & ils ſe diſtribueront par privilege, ſi cette nouvelle Loi le veut; au lieu que par la Loi de l'ancien domicile, ils auroient dû ſe diſtribuer par contribution, parce que le changement de domicile fait que les meubles changent de condition.

Quant aux immeubles, notre Auteur décide que l'hypotheque acquiſe par la Loi du domicile, ne s'étend pas ſur les biens ſitués ailleurs, où pareille hypotheque n'a pas lieu; que l'hypotheque ne s'acquérant qu'autant qu'elle eſt convenue devant le Juge de la ſituation, elle ne pourra pas valoir ſur les biens d'un autre lieu, & que ſi dans quelque endroit la Loi fait con-

courir tous les créanciers entre eux, ils concourront ſur les biens ſitués dans cet endroit.

Toutes ces différentes déciſions exigent, avant que de traiter aucune Queſtion mixte, que nous faſſions différentes obſervations pour établir notre Juriſprudence, & ramener les principes généraux à nos mœurs.

Premiérement, en fait de meubles, ils ne ſont point communément ſujets à hypotheque, ſi ce n'eſt dans certains endroits; mais ils ſont ſuſceptibles de privilege & de préférence.

Quant aux immeubles, ils ſont ſuſceptibles d'hypotheque & de privilege.

Dans nos maximes, l'hypotheque ſe meſure ſur le temps & la date certaine des actes publics & authentiques, & le privilege ſe meſure par la cauſe, *hypotheca ex tempore, privilegium ex cauſa.*

Quoique cette maxime, *hypotheca ex tempore*, ſoit abſolument vraie, qu'elle s'applique même à des actes dont l'exécution eſt différée, comme à un bail paſſé pardevant Notaires, ou à une ſociété contractée pour commencer l'un & l'autre ſix mois après, parce que ces obligations ſont valables en elles-mêmes, & qu'elles ſont contractées par perſonnes capables, néanmoins ſi l'obligation eſt contractée par perſonnes incapables, quoique ratifiée par la ſuite, l'obligation ne prend date que du jour de la ratification. Il y en a un exemple dans l'obligation contractée par une femme, ſans autoriſation, & qui n'eſt valable qu'autant qu'elle eſt ratifiée par le mari & la femme, & de ce jour ſeulement. En voici un exemple encore plus illuſtre.

François de Montmorency, Chevalier, Seigneur de Foſſeuſe, avoit ſigné un contrat de mariage avec les parents de la Demoiſelle de Herville, lors impubere, le 22 Juin 1634. Le mariage ne s'étoit enſuivi qu'en Décembre 1643; mais il y avoit eu une ratification du contrat, dès le 21 Avril précédent. On jugea dans cette eſpece, que la Dame de Montmorency n'auroit hypotheque pour ſes repriſes & conventions matrimoniales, que dudit jour 21 Avril 1643, jour de la ratification, par Arrêt du 3 Février 1689.

L'eſpece de l'Arrêt de Montmorency eſt dans le cas d'un contrat de mariage paſſé avec une fille impubere; & comme un pareil contrat étoit radicalement nul, il n'eſt pas ſurprenant que

l'hypotheque ait été refuſée à un pareil contrat; mais j'ai un *Factum* où je trouve que la même queſtion d'hypotheque s'agita au ſujet d'un contrat de mariage paſſé entre puberes, le 14 Décembre 1630, & qui ne fut célébré que neuf ans après, le 29 Novembre 1639; le futur avoit reconnu avoir reçu 25000 liv. de dot: on avoit ſtipulé un douaire de 5000 livres de rente.

Dans l'intervalle du contrat & de la célébration, le futur avoit contracté des dettes. Il étoit décédé, & dans la diſcuſſion de ſes biens, il fut agité la queſtion de ſavoir de quel jour la veuve auroit hypotheque, ſi du jour du contrat, ou ſeulement du jour de la célébration. La conteſtation étoit entre Dame Louiſe de Viſieres, veuve de M. Louis de Boutiller, Chevalier, Comte de Cerny, Intimée; & Mrs. Amelot de Gournay, Maître des Requêtes, Préſident au Grand-Conſeil, & conſorts, Syndics des créanciers dudit défunt Comte de Cerny, Appellants.

La Sentence de MM. des Requêtes du Palais, du 13 Juillet 1663, avoit déclaré le contrat de mariage de la Dame veuve de Cerny exécutoire contre le fils, héritier dudit défunt, dans un temps où la diſcuſſion de ſes biens n'étoit pas encore née, au moyen de laquelle prononciation, le contrat de mariage ſe trouvoit avoir hypotheque du jour de ſa date, & ce fut pour faire ceſſer cette induction, que les créanciers interjetterent appel de ladite Sentence.

M. de Géniers étoit Rapporteur, M. Condaut, le jeune, étoit l'Avocat de la Dame veuve de Cerny. J'aurois bien ſouhaité ſavoir ce qui a été jugé par l'Arrêt; mais mon Factum n'en dit rien, & je n'ai rien trouvé dans les Journaux des Audiences & du Palais.

Pour moi j'eſtimerois que le contrat de mariage, portant quittance de la dot reçue, on ne pouvoit, quant à ce, refuſer à la veuve l'hypotheque du jour du contrat, & quant au douaire & autres conventions, c'eſt en cela ſeul, ſelon moi, que pouvoit conſiſter la difficulté.

Nous diſtinguons trois ſortes d'hypotheques. 1°. Celle que nous appellons conventionnelle ou contractuelle, & qui naît des engagements paſſés pardevant des Officiers publics, dont l'atteſtation & le témoignage ſont authentiques: 2°. celle que nous appellons judiciaire qui naît des Sentences, Arrêts & de tous Jugements rendus par des Juges qui ont autorité pu-

blique & territoire, ou à qui le Prince accorde une hypotheque, encore que les Juges qui les ont rendus, n'aient pas de territoire, tels que ſont les Conſuls 3°. L'hypotheque tacite ou légale qui eſt celle qui vient de la Loi ſeule ; elle eſt appellée tacite, en ce que les parties ſont préſumées s'y ſoumettre dans les cas marqués.

Les exemples de l'hypotheque tacite ou légale, ſont : 1°. celle de la femme qui n'a point de contrat de mariage pour la reſtitution de ſa dot ſur les biens de ſon mari, remploi de ſes propres aliénés & indemnité des dettes, & nous la lui donnons du jour de la célébration de ſon mariage. 2°. Celle des mineurs pour le reliquat de leur compte de tutele, ſur les biens de leurs tuteurs, & elle remonte au jour de la tutele. 3°. Celle qui eſt accordée ſur les biens des Prélats pour l'adminiſtration qu'ils ont des biens de leur bénéfice, & elle prend date du jour de la priſe de poſſeſſion. 4°. Celle ſur les biens particuliers d'un grevé de ſubſtitution, pour la reſtitution des biens ſubſtitués, & pour les dégradations en iceux, & nous la donnons à Paris du jour de l'adminiſtration du grevé, quand d'ailleurs la ſubſtitution a été duement inſinuée & publiée. Voyez Bretonnier ſur Henrys, *fol.* 581, *tom.* 2, *premiere édition.*

La différence qu'il y a entre l'hypotheque conventionnelle ou contractuelle, & l'hypotheque tacite eſt que la premiere emporte exécution parée, & la ſeconde exige qu'on vienne par action avant que de pouvoir la faire valoir par exécution.

Après avoir indiqué les différentes ſortes d'hypotheques qui ont lieu parmi nous, il reſte à obſerver qu'à l'égard des hypotheques judiciaires, elles ont lieu par-tout le Royaume, même en Pays de nantiſſement : Louet, *Let. H. n.* 25, voyez l'Ordonnance de Moulins, *art.* 53 ; la Déclaration du 10 Juillet 1566, *art.* 11, & l'Ordonnance de 1667, *tit.* 35, *art.* 11, à l'exception néanmoins de l'Artois, qui n'étoit pas ſous la domination de France en 1566 ; M. Maillard, *art.* 75 de cette Coutume, *n.* 37, rapporte un Arrêt du 19 Août 1698, qui l'a jugé ainſi.

A l'égard des hypotheques conventionnelles qui naiſſent des conventions paſſées pardevant des Notaires, & perſonnes publiques commiſes pour les recevoir, elles ont auſſi lieu dans tout le Royaume, ſuivant l'Ordonnance de 1539, *art.* 92 & 93, à l'exception à cet égard de certaines Coutumes que nous

appellons Coutumes de nantiſſement; comme Amiens, *art.* 6; Ponthieu, 113, 114; Boullenois, 116; Vermandois, 119, Chauny, &c.

Ce nantiſſement étoit de l'ancien uſage de France, ſuivant Carondas, *art.* 120, de la ſomme rurale: voyez les preuves de l'Hiſtoire de Paris, *tom.* 2, *pag.* 5, *n.* 1, édit. de 1725, *art.* 6.

La Coutume d'Artois eſt du nombre de ces Coutumes de nantiſſement: elle porte en *l'art.* 74, que les Sentences, promeſſes, teſtaments, & généralement toutes obligations perſonnelles, n'engendrent ſaiſine, hypotheque, ou réaliſation ſur les héritages du condamné, prometteur, teſtateur ou obligé, & par *l'art.* 75, pour valablement charger ou hypothéquer héritages, il eſt requis d'obſerver l'une des trois voies ſuivantes; ſavoir, par miſe de fait, rapport d'héritages en la main du Seigneur dont il eſt tenu, ou par main aſſiſe; enfin par *l'art.* 76, pour vendre, charger, nommément aliéner ſon héritage patrimonial, il eſt requis d'obſerver l'une des trois voies preſcrites par cet article; ſavoir, le conſentement de l'héritier apparent, le remploi ou la néceſſité jurée.

Ainſi dans cette Coutume point d'hypotheque générale, ſi l'on ne remplit l'une des trois voies de *l'art.* 75.

Pareillement point d'aliénation, ni charge ſpéciale perpétuelle ſur les héritages patrimoniaux, ſans l'une des trois voies preſcrites par *l'art.* 76.

Mais il eſt à obſerver que cet *art.* 76, en ce qui regarde les aliénations, ou charges ſpéciales perpétuelles ſur les héritages patrimoniaux, eſt tellement de rigueur & tellement indéfini, que l'héritier du vendeur, qui ne prend que des propres en Artois, n'eſt point tenu par *l'art.* 189, d'entretenir & garantir la vente de l'héritage patrimonial, ou la charge réelle qui y ſeroit impoſée par le défunt, ſi l'une des trois voies preſcrites par *l'art.* 76, n'a pas été obſervée, & qu'il peut le revendiquer; mais à l'égard des obligations perſonnelles, elles n'ont point lieu, à la vérité, contre un tiers, ſi elles ne ſont pas revêtues des formalités de *l'art.* 75; mais ſoit qu'elles ſoient hypothéquées ou non, aux termes dudit article, les héritiers même patrimoniaux en ſont chacun tenus dans cette Coutume envers le créancier, ſauf leur recours entre eux.

On avoit tenté de réformer ces diſpoſitions par une Décla-

ration de 1695, qui n'a point cependant été enrégiſtrée au Parlement. Cette déclaration permettoit de paſſer des obligations, & de créer des rentes avec l'hypotheque de tous biens même patrimoniaux, ſans y obſerver l'une des trois voies preſcrites pour l'aliénation des biens patimoniaux, à la réſerve de celles qui emporteroient une entiere aliénation.

Cette Déclaration excita l'oppoſition des Etats d'Artois, en ce que : 1°. c'étoit introduire une nouvelle voie d'acquérir hypotheque en Artois, & un anéantiſſement de *l'art.* 75 de cette Coutume. 2°. En ce que la réſerve des obligations qui emporteroient une entiere aliénation, ne pourroit qu'engendrer des conteſtations. Un propriétaire pouvoit contracter pluſieurs obligations, qui toutes enſemble emporteroient une entiere aliénation, & toutes ſéparées ne l'emporteroient pas; ce qui jettoit dans la queſtion de ſavoir ſi l'on déclareroit nulles les dernieres créances, & juſqu'à quelle concurrence on en prononceroit la nullité.

C'eſt pourquoi pour lever toute difficulté, & conſerver, d'un côté, le droit de la Coutume d'Artois, tant au ſujet de la création des hypotheques générales & ſpéciales, qu'au ſujet de l'aliénation des héritages patrimoniaux; & de l'autre, pour conſerver l'uſage de cette Coutume qui aſſujettit l'héritier des biens patrimoniaux, au paiement des dettes hypothéquées, ou non, ſauf ſon recours, il a été rendu une Déclaration le 14 Mars 1722, enrégiſtrée au Parlement le 17 Avril, qui ordonne que les Articles 74 & 75 de la Coutume générale d'Artois, concernant les obligations perſonnelles & les voies d'acquérir hypotheque, ſoient obſervées & exécutées : ordonne que les Sentences, promeſſes, rentes conſtituées à prix d'argent, & toutes autres obligations perſonnelles hypothéquées, ou non, auront leur entiere exécution contre les héritiers des biens patrimoniaux, ſitués en la Province d'Artois, encore que l'une des trois voies marquées par l'*art.* 76, n'y ait été & n'y ſoit obſervée, lequel *art.* 76 continuera d'être exécuté pour les ventes, charges réelles & autres aliénations des héritages patrimoniaux.

Ainſi dans la Coutume d'Artois, pour, en matiere perſonnelle, acquérir hypotheque, & en conſéquence avoir droit de ſuivre les biens vendus par ſon débiteur, il faut néceſſairement obſerver l'une des trois voies portées par l'*art.* 75, & les Sentences & contrats n'y emportent pas hypotheque de droit, au préjudice

préjudice d'un tiers; de ſorte que ceux qui ne ſont pas nantis, ne peuvent faire aſſigner en déclaration d'hypotheque, les tiers détempteurs qui ont acquis les héritages des débiteurs, quoique la date du titre ſoit antérieure à l'aliénation de l'héritage, & ſoit établie par un contrat paſſé pardevant Notaires, ſous ſcel royal & authentique; mais l'obligation perſonnelle contractée par le défunt, n'en a pas moins ſon exécution contre les héritiers même patrimoniaux. Voyez Ricard, ſur Senlis.

M. le Brun, en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 4, *ch.* 1, *n.* 34, obſerve que ſi un débiteur avoit à titre de donation en avancement d'hoirie, des immeubles ſitués à Paris, & qu'après avoir rapporté ces immeubles en partage, il lui en arrive dans ſon lot qui ſoient ſitués en Pays de ſaiſine, ou de nantiſſement, comme à Senlis, ou à Laon, un créancier poſtérieur de cet héritier, étant nanti le premier ſur ces nouveaux immeubles, eſt préféré à un créancier antérieur qui eſt nanti le dernier, ou qui ne l'eſt pas du tout.

Quant aux ventes d'héritages patrimoniaux, ou charges réelles à impoſer ſur iceux, il faut obſerver l'*art.* 76.

Dans la Coutume d'Artois, les hypotheques tacites n'ont aucunement lieu: il faut remplir les formalités de l'*art.* 75; mais communément dans les autres Coutumes de nantiſſement, elles ont lieu. Telle eſt dans ces autres Coutumes l'hypotheque de la dot d'une femme ſur les biens de ſon mari, & ſur ceux de ſon pere qui la lui a promiſe. Telle eſt encore celle pour le douaire & pour les autres conventions matrimoniales, *quia*, dit Me. Ch. du Molin, *art.* 37 de la Coutume d'Amiens, *matrimonium eſt notum & publicum, & conſuetudo doarii eſt notior.*

Il en eſt de même encore dans ces Coutumes, pour l'hypotheque des mineurs ſur les biens de leur tuteur.

Outre ces Coutumes de nantiſſement, nous avons les Coutumes de Senlis, de Valois & de Clermont qui exigent un enſaiſinement; mais cette formalité n'eſt requiſe que pour les rentes ſeulement, non pas pour leur donner hypotheque: car dans ces Coutumes une rente non enſaiſinée, dont le contrat a été paſſé pardevant Notaires & Scel authentique, donne tellement hypotheque, que le créancier peut aſſigner le tiers détempteur en déclaration d'hypotheque, ce qu'il ne peut pas faire dans les Coutumes de nantiſſement; mais l'enſaiſinement n'eſt requis que pour opérer une préférence, ſoit contre les

ſimples créanciers de ſommes mobiliaires, ſoit entre les créanciers de rentes conſtituées.

Quand une terre ſe trouve ſituée dans différentes Coutumes qui exigent différentes formalités pour l'hypotheque, en ce cas on fait une ventilation du prix de la terre, à proportion de ce qui eſt ſitué dans chaque Coutume, & on colloque dans la date, qu'il a été ſatisfait aux différentes formalités des Coutumes. C'eſt ce qui a été jugé dans l'ordre de la Terre de Muret, ſituée partie en la Coutume de Soiſſons, partie en celle de Crépy, & partie en celle de Vitry, par Arrêt du 21 Juillet 1657.

Pour parler préſentement de la maniere de procéder en Juſtice, ſur les biens d'un débiteur, ou ces biens ſont meubles, ou ils ſont immeubles.

Si l'on procede par ſaiſie des meubles, il eſt, ſans difficulté, qu'il faut les ſaiſir où ils ſont exiſtants : car à l'inſtant de la ſaiſie, le Gardien doit être mis en poſſeſſion avec déplacement, lorſque les choſes peuvent être déplacées, ſi la partie ſaiſie ne trouve perſonne qui veuille ſe rendre Gardien ſans déplacer.

Que s'il ſurvient quelque conteſtation ſur la validité de la ſaiſie & de la vente, c'eſt le Juge du débiteur qui doit y prononcer, ſoit qu'il y ait déconfiture, ou non, ſi ce n'eſt que le titre de créance ſoit attributif de Juriſdiction, ou que le créancier, ou le débiteur aient un privilege qui les autoriſe à plaider ailleurs.

Que ſi l'on procede par ſaiſie réelle, il faut encore néceſſairement ſe tranſporter ſur les fonds que l'on veut ſaiſir réellement; mais pardevant quel Juge la ſaiſie réelle doit-elle ſe pourſuivre ? Il paroîtroit que ce devroit être pardevant le Juge du débiteur, parce que s'il ſouffre quelque tort, il a droit d'implorer l'autorité de ſon Juge devant lequel le créancier ne peut ſe diſpenſer de comparoître, pour y déduire ſes raiſons & les cauſes de la ſaiſie.

Il y a eu ſur cette matiere deux Réglements bien contraires l'un à l'autre.

Le premier eſt celui du Parlement, du 23 Novembre 1598, qui porte que les adjudications par décret des immeubles mis en criées, en exécution d'Arrêts & exécutoires de la Cour, ſeront faites en icelle, & les autres faites en vertu de Sentences, aux Sieges eſquels elles auront été données, & ce qui ſera

mis en criées par vertu d'obligations & contrats, pardevant les Juges auxquels l'exécution d'iceux appartient.

Le ſecond Réglement eſt celui fait par l'Ordonnance de Louis XIII, en 1629, qui porte, que tous décrets d'héritages, encore qu'ils ſoient pourſuivis en exécution d'Arrêts, Sentences des Requêtes du Palais, ou autres Juges, ſeront faits en la Juriſdiction, dans le reſſort de laquelle l'héritage ſera aſſis, à peine de nullité, de quelque prix, ou valeur que ſoient les choſes ſaiſies, ſinon que ce fuſſent Duchés, Comtés, ou Baronnies ſaiſies en vertu d'Arrêts, deſquels les décrets pourront être, audit cas, pourſuivis en nos Cours Souveraines, & non autrement, *art.* 160.

Cette Ordonnance a été, ſelon pluſieurs, duement enrégiſtrée au Parlement; mais enrégiſtrée, ou non, *abiit in deſuetudinem*, par la triſte deſtinée de ſon Auteur, & à cauſe de quantité de diſpoſitions extraordinaires qu'elle contient.

C'eſt ainſi qu'on porte des décrets en la Cour des Aides, en celle des Monnoies, des Eaux & Forêts, de l'Amirauté, de la Connétablie, qu'on en porte pareillement en celle des Requêtes du Palais & de l'Hôtel, parce que tous ces Juges ont l'exécution de leurs Jugements.

A plus forte raiſon en porte-t-on encore au Parlement, lorſque les ſaiſies réelles ſont fondées ſur les Arrêts émanés de cette Cour, ou ſur des exécutoires; ce que je crois qu'il faut entendre, quand les Arrêts ſont les premiers titres du ſaiſiſſant: car s'ils ne faiſoient qu'en confirmer d'autres, il faudroit porter la ſaiſie réelle pardevant le Juge qui a l'exécution du titre confirmé, ſi ce n'eſt que les dépens adjugés par l'Arrêt, montaſſent à 200 livres & au-deſſus: car en ce cas, en vertu de l'exécutoire du Parlement, on pourroit porter la ſaiſie réelle au Parlement.

Par le même Réglement de 1598, à l'égard des contrats, on en réſerve l'exécution à ceux à qui elle appartient.

Dans le ſyſtême de ceux qui donnent tout à la réalité, il faudroit ſe pourvoir pardevant le Juge de la ſituation.

Mais nous n'admettons pas indiſtinctement ce principe; & en fait de compétence de Juriſdiction, notre maxime eſt que le demandeur doit ſuivre la Juriſdiction du défendeur. *Actor ſequitur forum rei.*

Ce principe général ſouffre néanmoins quelques exceptions.

Par exemple, ſi le titre en vertu duquel la ſaiſie réelle eſt faite, eſt attributif de Juriſdiction, tels que ſont les actes paſſés pardevant les Notaires du Châtelet de Paris, dans ce cas, le Châtelet ayant droit de connoître du titre, a droit de connoître de l'exécution du titre.

Voici un Arrêt nouvellement rendu, qui prouve bien clairement l'autorité du Sceau du Châtelet.

Dame Etiennette-Marguerite Chiquet, domiciliée à Paris, contracta mariage avec le ſieur Louis-Touſſaint Guénet de Saint-Hélier, demeurant ordinairement à Rouen. Le contrat fut paſſé pardevant les Notaires du Châtelet, par lequel les futurs ſe ſoumirent à la Coutume de Normandie pour la régie de tous leurs biens, droits & actions, ſuivant laquelle le ſieur de Saint-Hélier a gagé douaire ſur tous ſes biens préſents & à venir, ſans être obligé d'en faire aucune demande; la dot de la future, 25000 livres, &c. la future donne en don mobile à ſon futur, le tiers de ladite ſomme de 25000 livres, & le tiers de toutes les ſucceſſions qui lui échoiront, conſtant ledit mariage, (ſes pere & mere vivoient pour lors) & autres conventions, toutes priſes d'après la Coutume de Normandie.

Le ſieur de St. Hélier étoit décédé, & avoit laiſſé une fille. La veuve voulut faire liquider ſes droits au Châtelet de Paris; la fille le vouloit à Rouen : ſur le réglement de Juges, Arrêt du Conſeil, du 18 Décembre 1747, qui a renvoyé au Châtelet de Paris, & par appel au Parlement de Paris.

Mais il faut obſerver que le ſceau du Châtelet n'eſt attributif de Juriſdiction, qu'entre ceux qui ont contracté ſous ce ſceau, & qui ſont perſonnellement obligés, *ab inſtrumento, & vi inſtrumenti*, & nullement contre des tiers qui ne ſe ſont pas obligés perſonnellement, le fuſſent-ils, *vi Legis*, tel qu'eſt un tiers détenteur qui ayant été certioré des charges, ſe trouve par ce moyen tenu perſonnellement des arrérages échus de ſon temps aux termes des *art.* 99, 101, &c. de la Coutume de Paris.

Quand nous diſons que le ſcel du Châtelet eſt attributif de Juriſdiction dans toute l'étendue du Royaume, nous n'entendons pas que ce ſcel du Châtelet ſoit attributif au préjudice de la Juriſdiction du Bailliage du Palais; ainſi qu'il réſulte d'un Arrêt rendu au Parlement de Paris, le 10 Juillet 1739; voyez encore l'Edit du Roi rendu au mois d'Octobre 1712, qui ſert

de réglement entre les Officiers du Châtelet de Paris, & ceux du Bailliage du Palais.

La ſeconde exception au principe général, eſt lorſque le titre eſt émané d'une Juſtice qui n'a pas l'exécution de ſes jugements; telles ſont les Officialités qui ne connoiſſent pas des actions réelles, les Juges Conſuls qui ne connoiſſent que du commerce, & les Lieutenants Criminels qui ne connoiſſent que des crimes.

Il y a quelques Provinces, comme la Normandie, l'Artois, le Comté de Bourgogne, la Province de Breſſe, &c. qui prétendent avoir droit d'empêcher que les décrets des biens ſitués dans leurs Provinces ne ſe pourſuivent ailleurs; mais ce ſont des conceſſions particulieres, qui ne font que confirmer les regles générales, & qui ſont même ſujettes à quelques exceptions: voyez les Mémoires de M. Froland, ſur la prohibition d'évoquer les décrets d'immeubles ſitués en Normandie.

Au ſurplus par rapport aux Juriſdictions, nous avons pour principe qu'elles ſont de Droit public, & que les particuliers ne peuvent pas ſe donner tels Juges qu'ils veulent, ni troubler l'ordre, & intervertir les Juriſdictions: le lieu où ſe paſſent les actes, celui où les parties s'obligent de payer, & leur ſoumiſſion, ne déterminent pas la juſtice où elles doivent plaider.

La Loi 19, *ff. de Judiciis*, veut le contraire; mais Me Ch. du Molin obſerve que cette Loi ne ſe ſuit pas parmi nous. *Cæterum ex eo ſolo quod quis promiſit ſolvere certo loco, licet ibi conveniri poſſit de jure, ſicut ſi ibi contraxiſſet, tamen hoc non obſervatur in hoc regno; quia in hoc regno non ſortitur quis forum ratione contractûs, etiam vere, & realiter facti in loco; etiamſi ſe obligaverit ſub ſigillo loci ſubmiſſione expreſſâ, etiamſi ſit ſigillum regium, niſi ſit ſigillum Præſidis Pariſienſis, vel niſi ſit Judex regius domicilii obligati.... & nullo modo in hoc regno prorogatur Juriſdictio per promiſſionem ſolvendi in alio loco; Carol. Mol. in comment. Philip. Decii ad ff. vet. part. 1a. rub. de Juriſd. omnium jud. ad L.* 18, *verb. contrarium;* ce qu'il a dit encore *in comment. Phil. decii ad jus Pontif. tit. de judic. in cap. de quo vult ..... verbo* ACCESSORIE. Mornac ſur la même Loi, remarque pareillement que nous ne l'obſervons pas. *Contrarium ſervamus, diſertuſque in hoc ipſum eſt articulus* 32, *cap.* 10,

*conſuetud. Ecoliſmenſis, & cùm incidiſſet ea quæſtio in publicis cauſarum actionibus, ann.* 1611, *die* 22 *Aprilis infirmata eſt ſententia præſ. quâ ſui fori dixerat quemdam pictonem, ex eo quod obligatus ille eſſet ſolvere Lutetiæ, licet in Pictavia haberet domicilium.*

L'Ordonnance de 1673, *art.* 17, *tit.* 12, permet au Marchand créancier d'aſſigner ſon débiteur, auſſi Marchand, pardevant le Juge du domicile de ſon débiteur, ou pardevant le Juge du lieu où la promeſſe à été faite & la marchandiſe fournie, ou pardevant le Juge du lieu où le paiement doit être fait; mais le Jugement rendu, je croirois que la ſaiſie réelle doit ſe porter pardevant le Juge du domicile des débiteurs.

Les Juges de la Conſervation de Lyon, qui exercent en même-temps la Juriſdiction conſulaire, ont droit de connoître entre toutes ſortes de perſonnes des achats qui ſe font dans le temps de la foire, ou entre ceux qui ont promis payer dans l'un des quatre termes ordinaires des paiements : *proxime vero quotidianam cernimus ejuſmodi deſtinatarum ſolutionum, vel mercium in nundinis Lugdunenſibus quarum privilegium illud eſt, ut quiſquis merces in eis emerit, & ſoluturum ſe in illis ipſis promiſerit, ſubire neceſſe habeat Juriſdictionem conſervatoris Lugdunenſis.* Mornac, Loi 19, *ff. de judiciis.* Et dans ce cas on peut y porter l'exécution des jugements qu'ils rendent; mais il ne faut pas confondre la Juriſdiction de la Conſervation de Lyon, avec la Juriſdiction des Conſuls de la même Ville, quoi qu'unis enſemble : la premiere a des privileges & des prérogatives qui ne ſont point attribués à la ſeconde, laquelle ne jouit que des privileges ordinaires attribués à toutes les Juriſdictions conſulaires du Royaume.

La Juriſdiction de la Conſervation ne connoît que des affaires du commerce & des paiements à faire ès Foires de Lyon; en ſorte que hors ces affaires particulieres concernant les Foires, les jugements rendus en la Conſervation de Lyon, ſont regardés comme rendus par les Juges Conſuls & non par la Conſervation, & n'ont aucun des privileges accordés à la Conſervation : c'eſt ce qui a été jugé entr'autres, par deux Arrêts, l'un du Conſeil d'Etat du Roi, qui a caſſé & annullé deux Arrêts du Parlement, des 20 Mars & 13 Juin 1742, qui étoient, à la vérité, rendus en la Conſervation de Lyon; mais pour Let-

tres de Change qui n'étoient point payables en Foire, & qui par conſéquent étoient ſimplement de la Juriſdiction ordinaire des Conſuls. Le ſecond Arrêt du 28 Juin 1753, eſt rendu en Parlement au profit d'un nommé Albertin, Marchand à Paris, & qui n'avoit nullement contracté pour les Foires de Lyon. Et les privileges de la Conſervation de Lyon, ſont autant de dérogations aux maximes générales.

On ne ſera pas fâché de trouver ici un Arrêt de réglement entre les Conſuls & le Châtelet de Paris. Il s'agiſſoit de ſavoir, ſi les Juges-Conſuls avoient droit de donner des permiſſions de ſaiſir & arrêter ès mains des débiteurs de ceux contre leſquels il y avoit des condamnations rendues aux Conſuls, & s'ils étoient en droit de connoître de l'exécution de leurs Jugements. L'affaire fut vivement pourſuivie; il y eut des Mémoires fournis de part & d'autre, & il intervint ſur ces conteſtations un Arrêt de la Cour, en date du 19 Septembre 1755, que l'on trouvera dans le Recueil des Pieces, étant à la fin du ſecond volume de cet Ouvrage.

En matiere d'actions perſonnelles & mixtes, Mornac, *ad L. exigere ff. de judiciis*, nous aſſure que l'on ſuit exactement les déciſions de Bacquet: *ſervamus quod ſcribit Bacquetius, cap.* 8, *de juſt. & Jure.* Voici en abrégé ce que dit cet Auteur: nous avons pour maxime qu'en actions perſonnelles, les ſceaux Royaux ne ſont pas attributifs de Juriſdiction, encore que les parties ſe fuſſent ſoumiſes à la Juriſdiction du ſcel; de ſorte que le domicilié dans l'étendue du Bailliage, auquel il s'eſt ſoumis, peut demander ſon renvoi pardevant le Prévôt Royal; à plus forte raiſon, ſi le débiteur eſt demeurant hors le Bailliage & Prévôté Royale, à laquelle il s'eſt ſoumis.

Que ſi le débiteur eſt domicilié dans une Haute-Juſtice, étant dans l'étendue du Bailliage ou d'une Prévôté Royale, il pourra être pourſuivi au Bailliage ou en le Prévôté, s'il n'eſt revendiqué par ſon Seigneur; c'eſt ce que dit Me Ch. du Molin, ſur *Decius ad ff. vetus rubri. de Juriſdict. omnium judic. L.* 18. *verb. Lex; ſed in hoc regno ſubditi dominorum temporalium habentium à Rege Juriſdictionem infeudatam, conventi coram naturali, & proprio judice loci, non poſſunt ex perſona ſua declinare, & petere remitti ad dominum ſuum, niſi dominus petat, quod etiam ſolus, ſubdito invito, petere poteſt.*

En un mot, le principe en France, eſt que par rapport à la

Juriſdiction, *non inſpicimus locum contractûs, nec ſolutionis, ſed debitoris.* Voyez encore la Déclaration du Roi, du 9 Avril 1747, qui fixe le tribunal où doivent être diſcutés les biens d'un débiteur par lui poſſédés en même-temps en France & en Lorraine.

Ce qui s'obſerve même ès actions mixtes, la perſonnalité l'emportant ſur la réalité.

La Coutume de Bretagne eſt pourtant à excepter de tous ces principes en fait d'exécutions de clauſes & conventions matrimoniales convenues, lorſque l'un des conjoints y étoit lors domicilié, & que les parties ont ſoumis l'exécution de leurs conventions aux Juges de cette Province : voyez le Commentaire de cette Coutume par M. Poulain du Parc, *art.* 467, où il rapporte Arrêt du Conſeil, du 30 Juin 1732, rendu en réglement de Juges entre le Préſidial de Rennes & la Vicomté d'Avranches.

Toutes ces notions préſuppoſées, venons préſentement aux queſtions qui ſont traitées par notre Auteur.

Il demande ſi la Loi qui a lieu dans le Pays de Droit écrit, pour la reſtitution de la dot des femmes, aura force & autorité ſur les biens qui ſont ſitués dans une Coutume dont la Loi eſt différente, & il incline pour la négative.

Notre Auteur paroît fort modeſte ſur cette queſtion, par reſpect ſans doute, pour les Arrêts qu'il dit être rapportés par Chriſtinéus, & qui ont décidé l'affirmative. Les déciſions des Cours Souveraines méritent effectivement qu'on en parle avec beaucoup de circonſpection : car l'on ne doit pas ignorer que ces Cours ſont en droit de faire des Réglements, d'introduire une Juriſprudence, & de déterminer un point de droit pour le parti qui convient le mieux aux mœurs & au caractere de la Nation : les Magiſtrats ſont les Dieux de la terre, & comme tels ſont doués de lumieres particulieres, & ſont inſpirés pour la bonne adminiſtration de la Juſtice.

Mais, comme nous venons de le dire, certaines raiſons qui ont lieu dans une Province, dans un Etat, occaſionnent ſouvent une déciſion plutôt qu'une autre, & celles de la Cour de Malines ne faiſant point de Loi chez nous, il doit être permis d'examiner ce que nous devons penſer de la queſtion.

Il eſt certain qu'une hypotheque, un privilege ſur des biens eſt un Droit réel ſur ces biens ; l'action ſans hypotheque ou privilege

vilege, reſte pure perſonnelle, comme dans les Pays de nantiſſement.

Or, il n'y a que la Loi de la ſituation, ou des Ordonnances enrégiſtrées, & qui ſont Loi par-tout, qui puiſſent donner ce Droit réel.

Ainſi quand il n'y a pas d'Ordonnance, ou du moins que cette Ordonnance n'eſt point reçue dans un lieu, & qu'au contraire, les Loix de la ſituation refuſent un pareil Droit réel, ou *vice verſâ* quand ces Loix de la ſituation jugent à propos d'accorder, non pas ſimplement un Droit d'hypotheque, mais encore un privilege, en ce cas on ne ſauroit nier que ce ne ſoit la Loi de la ſituation qu'il faille ſuivre, parce que cette Loi eſt en droit de diriger les biens qui lui ſont ſoumis.

C'eſt pourquoi, pour parler d'abord des meubles, comme ils ſont préſumés avoir leur ſituation dans le lieu du domicile, ſi la Loi de ce domicile donne quelque privilege ſur iceux, il faudra en obſerver la Loi en quelques endroits que ſoient trouvés ces meubles.

Ainſi la femme étant domiciliée dans les Pays du Droit écrit, du reſſort du Parlement de Paris, où elle a privilege ſur les meubles & effets mobiliers de ſon mari, pour la répétition de ſa dot & pour le paiement de ſon augment, elle aura ce privilege ſur les meubles de ſon mari, trouvés même hors le Pays de Droit écrit.

Mais la femme domiciliée ailleurs, où la Loi ne donnera pas ce privilege, n'en aura pas ſur les meubles qui ſe trouveront même être dans le Pays du Droit écrit.

Ainſi dans la Coutume de Paris, une femme domiciliée à Paris, créanciere de ſon mari, pour raiſon de ſes repriſes & conventions matrimoniales, ſera obligée d'entrer en contribution ſur les meubles, avec tous les autres créanciers de ſon mari. Il y en a un acte de notoriété que l'on trouvera à la fin de cette Obſervation.

Mais au contraire, ſi les meubles d'un domicilié au Maine, ou en Normandie, ſe trouvoient exécutés, ils ſe diſtribueroient par hypotheque, parce que telle eſt la Loi de ces Provinces.

Notre Auteur admet ce principe; mais il y met cette exception, ſi ce n'eſt que le débiteur fût en poſſeſſion de ſes biens, & que la déconfiture ne fût pas encore déclarée; auquel cas, dit-il, il faudra ſuivre la Loi du lieu où les meubles ſeront trouvés ſaiſis.

Mais cette déciſion n'eſt pas de nos mœurs, & réſiſte à ce grand principe qui veut que les meubles ſubiſſent la Loi qui s'obſerve dans le domicile du propriétaire d'iceux. *In rebus mobilibus obſervari debent jura illius loci in quo illorum Dominus, vel creditor habet domicilium, etiam quando agitur de concurſu & prælatione creditorum. Lauterb. diſſert.* 153; *Mævius ad jus Lubecenſe, quæſt.* 4, *præl. n.* 13; *Hertius de colliſione legum, caſ.* 64, le décide de même. *In rebus mobilibus ad jura domicilii debitoris regulariter reſpiciendum erit;* & il cite Hubérus, *lib.* 3, *J. P. univerſ. c.* 10, §. 44, qui dit, *creditor ex cauſa cambii jus ſuum in tempore exercens præfertur apud Batavos omnibus aliis creditoribus in bona mobilia debitoris.*

J'ai trouvé cette queſtion décidée en termes formels, dans un Ouvrage intitulé, *Traité de la différence des biens meubles & immeubles de fonds, & de gagures dans la Coutume de Metz, page* 153. Voici comme parle cet Auteur.

» En ſaiſie de meubles & effets mobiliaires, le droit des ſai-
» ſiſſants ſera réglé par la Coutume du domicile du débiteur,
» quoique la ſaiſie ſoit faite & exploitée en une autre Coutume,
» de maniere que la ſaiſie des meubles d'un débiteur domicilié
» dans la Coutume de Metz, ne donne aucune préférence au ſai-
» ſiſſant, quoique la ſaiſie des meubles ſoit faite en la Coutume
» de Lorraine, dans celle de l'Evêché, ou dans celle du Bailliage
» de Saint-Mihel, ou ailleurs, où le premier ſaiſiſſant des meu-
» bles eſt préféré aux autres créanciers, bien qu'ils ſoient an-
» térieurs en hypotheque; de ſorte que s'il y a d'autres créan-
» ciers oppoſants à la même ſaiſie, l'on gardera l'ordre de leurs
» hypotheques, ſuivant *l'art.* 17 *du tit.* 4 *des Actions perſonnel-*
» *les de la Coutume de Metz*, parce que les meubles ſuivent la
» perſonne, & ſont cenſés être de la Juriſdiction où la perſonne
» eſt domiciliée. Cette maxime eſt confirmée par tous nos Au-
» teurs François, & notamment par d'Argentré, *ad conſuet.*
» *Britann. art.* 218, *gl.* 6, *n.* 30; Chopin, ſur la Coutume de
» Paris, *liv.* 1, *tit.* 1, *n.* 4; & ſur la Coutume d'Anjou, *l.* 3,
» *chap.* 2, *tit.* 1, *n.* 4; Bacquet, des Droits de Juſtice, *ch.* 3,
» *n.* 5, & pluſieurs autres cotés par Brodeau, ſur M. Louet,
» *Lettre R, n.* 31.

Notre Auteur préſuppoſe en ce Chapitre, qu'un même homme peut avoir deux domiciles, & en cela il eſt d'accord avec la Loi 6, §. 2, *ff. ad municip. viris prudentibus placuit duo-*

*bus locis poſſe aliquem habere domicilium, ſi utrobique ita ſe inſtruxit, ut non ideo minus apud alteros ſe collocaſſe videatur.*

C'eſt l'avis de pluſieurs Auteurs. Burgund. *in conſuet. Fland tract.* 2, *n.* 8, *pag.* 53, ſuppoſe qu'une femme de Gand, où elle a beſoin d'autoriſation, a établi un ſecond domicile en Pays de Droit écrit où elle a contracté ſans autoriſation, & il réſout qu'ayant contracté ſelon la Loi du domicile où elle étoit pour lors, ſon contrat eſt bon. *Quis enim putet contractus eſſe irritos quos Gandenſis mulier domicilio utrobique inſtructo ſine autore marito in patria juris ſcripti celebraverit: at dicit aliquis, qui cum alio contrahit, vel eſt, vel debet eſſe conditionis ejus non ignarus? Recte id quidem, ſi quid ei imputari poteſt quia legibus domicilii, hoc eſt à jure ſcripto ſtatum mulieris metitus eſt: nec enim ſtipulantis intereſt quærere unicum, aut plura promiſſor ſtatuerit domicilia; ſatis eſt enim ſi à regione juris ſcripti ubi mulier domicilium habebat, conditionem ejus intelligat; nos ergò tenemus, ſi alterutro domicilii loco contraxerit uxor, eatenus valere contractum, quatenus domicilii in quo contrahitur, legibus congruit.*

M. d'Argentré, ſur l'Article 9 de la Coutume de Bretagne, *n.* 3, eſt pareillement d'avis que le double domicile peut avoir lieu. *Sed & duobus locis haberi domicilium poteſt, ſi utrobique æque paterfam. inſtructus ſit.* Voyez Dupineau, ſur Anjou, en ſes Queſtions, *ch.* 15.

Nous trouvons deux Arrêts qui ſemblent avoir autoriſé cette déciſion. Le premier, rapporté par Mornac, ſur la Loi *domicilium* 20, *ad municip.* au ſujet de la ſucceſſion du Cardinal de Rambouillet, qui fut jugé avoir deux domiciles, l'un à Rome & l'autre en ſon Evêché du Mans; mais Mornac obſerve que l'eſpece jugée par cet Arrêt, avoit du particulier, *ſed ſpecies arreſti illius ſingularis eſt.*

Ce même Auteur ſur la Loi *pen. ff. de ſenat.* dit que les Princes peuvent avoir deux domiciles. *Alterum ubi in Provinciis domus eorum præcipua, alterum in luparano palatio apud Lutetiam.*

Le ſecond Arrêt eſt beaucoup plus récent; il eſt du 6 Septembre 1670, rapporté au Journal du Palais, rendu au ſujet du partage des biens de la ſucceſſion de M. le Prince de Guimenée,

& l'on jugea qu'il avoit eu deux domiciles, l'un à Paris, & l'autre en Anjou.

Cette Juriſprudence n'eſt pas autrement de nos mœurs actuelles. Il eſt vrai qu'un Marchand peut faire commerce également en différents endroits ; mais nonobſtant ce, il y a l'endroit où il fait communément ſes Pâques, où il paie la taille, où ſa femme demeure avec ſes enfants, & voilà ce qui conſtitue ſon domicile.

Mais enfin en admettant deux domiciles, l'effet en ſera que les meubles qui ſe trouvent dans l'un & dans l'autre, ont leur aſſiette particuliere dans le lieu où ils ſont exiſtants, & ſont régis par la Loi de ce lieu, & dans ce cas on ne peut pas nier que la Loi agit ſur les meubles par une diſpoſition réelle. *Poteſt quis habere domicilium in pluribus locis, & domicilium originis videtur eſſe principalius ; & dato quod domicilium originis principalius eſſet, & in domicilio inferiori reperitur, res de qua agitur, tunc debet attendi, domicilium minus principale propter bona quæ ibi reperiuntur, tunc in domicilio inferiori duo concurrunt, domicilium, & res litigioſa, ideo prævalet, quia duo vincula magis ſtringunt.*

On peut conſulter ſur les domiciles, Ménochius, *liv. 6, præſumpt.* 42 ; Boerius, *quæſt.* 13 ; & ce que l'Auteur du Journal du Palais a dit en rapportant l'Arrêt de Guimenée de 1670.

Que ſi dans le cas de deux domiciles, les meubles étoient hors ces différents domiciles, auquel de ces domiciles donneroit-on la préférence pour régir ces meubles ? La difficulté n'eſt pas petite ; les circonſtances en décideroient. Il faudroit examiner ſi de ces différents domiciles, il n'y en auroit pas un qui ſeroit plus marqué & plus ordinaire que les autres ; ſi certains meubles n'auroient pas plus de rapport à un des domiciles, qu'à l'autre ; & pour lors il ſemble que ce domicile plus marqué, devroit attirer à lui ces ſortes de meubles. Par la même raiſon, nous ſerions portés à ſuivre ce domicile plus marqué & plus ordinaire pour les actions & droits incorporels.

Nous avons la Déclaration du Roi concernant les ſucceſſions des Officiers, du 9 Avril 1707, regiſtrée en Parlement le 7 Juin ſuivant, qui a donné aux meubles une ſorte d'aſſiette dans le lieu de la réſidence des Officiers, ayant leur domicile ailleurs. Voici le diſpoſitif de cette Déclaration.

» A ces cauſes, nous avons ordonné que l'Arrêt de notre » Conſeil d'Etat, du 28 Février dernier, ſera exécuté, ſelon » ſa forme & teneur; en conſéquence, voulons & nous plait » qu'à l'égard des ſucceſſions de tous Gouverneurs & Lieute- » nants-Généraux pour nous, ou Commandants en nos Pro- » vinces, Gouverneurs, ou Commandants particuliers dans » nos Villes & Places, Lieutenants pour nous, Majors, Ai- » des-Majors, Capitaines des Ports, & tous autres Officiers » de l'Etat-Major de noſdites Provinces & Places, les Mar- » chands, artiſans & autres qui ſeront créanciers deſdites ſuc- » ceſſions, pour marchandiſes livrées, pour fournitures, ou pour » ouvrages par eux faits pour leſdits Officiers, dans le lieu de » la réſidence de la charge de l'Officier décédé, ſoient payés » par privilege & préférence à tous créanciers ſur les effets » mobiliers, par lui délaiſſés dans ledit lieu : à l'effet de quoi, » ils pourront ſe pourvoir, ſoit par voie de ſaiſie ou autrement; » & ce, pardevant les Juges du lieu même, auxquels la con- » noiſſance en appartiendra, & après que leſdits créanciers au- » ront été payés, ce qui pourra reſter deſdits effets mobiliers, » ſera diſcuté & partagé avec les autres effets de la ſucceſſion » du défunt, pour le partage & diſcuſſion de laquelle nous vou- » lons que les héritiers ou légataires, ſes créanciers hypothé- » caires ou autres, & généralement tous ceux qui ſe trouve- » ront intéreſſés en ladite ſucceſſion, autres que leſdits créan- » ciers pour dettes mobiliaires, par lui faites dans le lieu de la » réſidence de ſa charge, ſoient tenus de ſe pourvoir parde- » vant les Juges de ſon domicile, ou autres auxquels la con- » noiſſance doit en appartenir, ſuivant nos Ordonnances; & » qu'au ſurplus, ſi les effets mobiliers délaiſſés par le défunt » dans le lieu de la réſidence de ſa charge, ne ſe trouvoient » point ſuffiſants pour acquitter leſdites dettes mobiliaires » qu'il y aura faites, le paiement puiſſe en être pourſuivi ſur le » reſte des effets de ſa ſucceſſion, pardevant les Juges de ſon » domicile ou autres, auxquels de droit la connoiſſance appar- » tiendra. Si donnons, &c. Donné à Verſailles, le 9 jour » d'Avril, l'an de grace 1707, regiſtrée en Parlement, le 7 » Juin 1707.

Cette Déclaration eſt priſe d'après l'eſprit de pluſieurs diſpoſitions du Droit Romain, faites à l'occaſion de ceux qui étoient dans l'emploi des armes & du ſervice militaire.

Les Loix diſtinguoient dans ces perſonnes les biens qu'elles appelloient *caſtrenſia*, & tous les autres biens qu'ils pourroient avoir d'ailleurs; elles regardoient l'homme militaire comme formant deux perſonnes, & qui laiſſent par conſéquent deux ſucceſſions; *quaſi duorum hominum duas hæreditates intelligi.*

Auſſi cet homme militaire avoit-il deux ſortes de dettes; celles qu'il avoit contractées à l'Armée, & celles qu'il avoit contractées ailleurs : les premieres étoient ſupportées par les biens appellés *caſtrenſia*, & les ſecondes étoient ſupportées par les autres biens. *Ut etiam in æs alienum quod in caſtris contractum eſſet, ſolus is teneatur qui caſtrenſium rerum hæres inſtitutus eſſet, extra caſtra contracto ære alieno, is ſolus obligetur, qui cæterarum rerum hæres ſcriptus eſſet.* C'eſt encore la diſpoſition de la Loi 25, §. *ſi miles*, *ff. famil erciſcundæ.*

Cette Déclaration de 1707, a été ſuivie d'une autre en faveur des Officiers du Régiment des Gardes Françoiſes, du 7 Décembre 1712, regiſtrée le 23 : voyez M. Froland en ſes Mémoires ſur les Statuts, *pag.* 1495.

Mais ce qui ſe décide pour les meubles à raiſon de l'aſſiette fictive dans le lieu du domicile, doit être, à plus forte raiſon, obſervé pour les immeubles qui ont une aſſiette réelle, chacun dans le lieu de leur ſituation.

Ainſi un mari ayant des biens ſitués dans le Toulouſin, où la Loi *aſſiduis* au C. *qui potiores* eſt ſuivie, & ayant d'autres biens ſitués dans d'autres endroits où elle n'eſt pas obſervée, la femme ſera colloquée ſur les biens Toulouſins par privilege, & elle ne le ſera que par ſimple hypotheque ſur les autres biens.

Hertius, *de coll. leg. cas.* 64, décide ainſi, *ſi de re immobili agitur, ſpectandas eſſe Leges ſitûs rei indubium eſt, etiamſi privilegium in ea propter qualitatem perſonæ tribuatur.* C'eſt ainſi que cela a été jugé en ce qui regarde les immeubles au Parlement de Toulouſe, par Arrêt rapporté par M. d'Olive, *L.* 3, *ch.* 25, dont voici l'eſpece.

Jean Malié & Catherine du Crouchet contractent mariage en la ville d'Agen, où ils faiſoient tous deux leur domicile, & paſſent les conventions, ſelon les Coutumes du lieu; quelque temps après le mari étant décédé, les biens qu'il poſſédoit au Pays d'Armagnac, ſont ſaiſis à la Requête de ſes créanciers, & particuliérement du ſieur de Raymond, Tréſorier-Général de France, en la Généralité de Bordeaux : la veuve s'oppoſe

à cette ſaiſie, & demande d'être allouée par préférence pour le recouvrement de ſa dot, ſuivant la diſpoſition du Droit écrit qui a lieu dans le Pays d'Armagnac, où les biens ſaiſis ſont ſitués : les créanciers l'empêchent, diſant que la Coutume d'Agen contraire au Droit écrit, ne donnant point de privilege à la femme, ne ſouffre point que la demandereſſe puiſſe obtenir la préférence pour la répétition de ſa dot, qui deſcend d'un contrat de mariage paſſé dans la ville d'Agen, ſelon les Coutumes du lieu par des perſonnes qui toutes deux y avoient leur domicile. Le Sénéchal d'Armagnac, au Siege de Lectour, pardevant lequel ſe pourſuivoit l'inſtance des criées, faiſant l'ordre des créanciers, alloue la veuve du jour de ſon contrat ſeulement, de quoi elle ſe rend appellante en la Cour : cette queſtion ſur laquelle la Coutume ſe trouve en conflit avec la Loi, portée ſur le Bureau en la premiere des Enquêtes, mit auſſi en conflit les opinions des Juges, qui furent partis ſur le Jugement de cet article.

Les uns ſoutenoient le parti de la Coutume & des créanciers, & diſoient que l'action de la dot devoit être réglée par la Coutume du lieu, où le mari avoit ſon domicile qui étoit en la Ville d'Agen, où le bénéfice de la Loi *aſſiduis* n'avoit pas lieu; qu'à la vérité les Coutumes ne pouvoient porter leur effet au-delà de leur territoire; mais que leur puiſſance s'étendoit par-tout, lorſqu'elles ſe trouvoient aidées de la convention des parties, expreſſe ou tacite.

Ceux qui étoient pour le parti de la Loi *aſſiduis*, ſoutenoient que la déciſion dépendoit de la diſtinction des Coutumes, dont les unes regardoient principalement les perſonnes, les autres concernoient les choſes, & tenoient tout-à-fait de la réalité; que pour les premieres elles s'étendoient par-tout, & que les autres étoient bornées au lieu de leur territoire; que lorſqu'il s'agiſſoit des choſes, la Coutume de la ſituation étoit la maîtreſſe; qu'ici il s'agiſſoit de l'hypotheque de la dot, & de ſavoir ſi elle étoit privilégiée; que l'hypotheque tenoit tout-à-fait de la réalité, & qu'il falloit ſuivre la Loi de la ſituation.

Sur ces raiſons, le partage porté en la ſeconde des Enquêtes, le dernier avis prédomina par Arrêt du 20 Novembre 1636.

C'eſt ainſi qu'une femme mariée, ſuivant la Coutume de

Paris, & qui a hypotheque ſur les biens de ſon mari du jour de ſon contrat de mariage, pour raiſon de l'indemnité qu'elle a, des dettes qu'elle a contractées avec lui, n'aura néanmoins hypotheque que du jour de l'obligation qu'elle a contractée, ſi elle ſe venge ſur des biens ſitués en Normandie : car en ce cas, dit Baſnage, ſur *l'art.* 542, qu'elque indemnité que la femme ſtipule par ſon contrat de mariage, l'hypotheque n'a point d'effet rétroactif.

La raiſon qu'il en apporte eſt que les Coutumes ſont réelles, & que pour les choſes qui ſont dans leur détroit, il faut ſuivre leur diſpoſition; c'eſt un droit public auquel les particuliers ne peuvent déroger.

Il convient un peu plus bas, que s'il s'agiſſoit de la validité des actes faits par la femme, il ne faudroit conſidérer que la Loi de ſon domicile; mais il en eſt autrement, lorſqu'il s'agit de leur exécution ſur des biens ſitués en des Coutumes qui ſont contraires : car alors ce qu'il y a de réel ne peut avoir effet que conformément à leurs diſpoſitions.

C'eſt par la force de ces principes que ſi un douaire préfix eſt conſtitué à Paris, & qu'il y ait des biens ſitués en Artois, que ces biens ſoient décrétés du vivant du mari, le douaire n'étant pas ouvert, le décret ſera néanmoins valable, & ne pourra pas être caſſé, parce qu'en Artois le douaire préfix n'eſt pas plus privilégié que toute autre créance. L'Auteur des notes ſur Artois, *art.* 173, *n.* 16, *édit. de* 1739.

Il reſte néanmoins à obſerver que ſi une Coutume particuliere exige pour l'hypotheque quelques formalités, outre & au-delà de celles du Droit commun; de ſorte que l'hypotheque ne puiſſe avoir lieu dans cette Coutume qu'en rempliſſant toutes ces formalités, (nous ſuppoſons qu'elles n'appartiennent pas à la preuve & à l'authenticité de l'acte,) l'acte non revêtu de ces formalités n'emportera pas, à la vérité, d'hypotheque dans cette Coutume; mais il en emportera par-tout ailleurs, fût-il même paſſé dans cette Coutume.

C'eſt pourquoi les actes paſſés devant Notaires en Artois, n'emporteront pas, à la vérité, hypotheque ſans nantiſſement ſur les biens d'Artois & autres Coutumes ſemblables; mais ils l'emporteront ſur les biens ſitués ailleurs, parce que le nantiſſement requis dans cette Coutume n'appartient pas à la preuve & à l'authenticité de l'acte. C'eſt encore la réſolution de l'Auteur

teur des notes ſur Artois, *art.* 74, *n.* 417 & 419, *de l'édition de* 1739, & ce qui a été jugé par Arrêt du 24 Mars 1700, qu'il rapporte *n. cit.*

Au contraire, les actes paſſés en Normandie, même pardevant Notaires, & qui n'auront point été contrôlés, n'emporteront hypotheque, ni en Normandie, ni ailleurs, parce que la formalité du contrôle appartient à la preuve & à l'authenticité de l'acte. Je l'ai penſé ainſi, & je crois l'avoir prouvé, *queſt.* 7 de mes queſtions mixtes. Cependant voyez l'Auteur des notes ſur Artois, *loc. ſup. not.* qui penſe autrement.

Tout ce que nous venons de dire eſt pour le cas où les meubles & les immeubles dont il s'agit, ſont connus & avoués pour être meubles, ou immeubles; mais il eſt des choſes réputées meubles dans un endroit, qui ſont réputées immeubles dans un autre, & pour lors il importe de ſavoir quelle ſera la Loi qui déterminera leur nature.

» Il y a des Coutumes, dit Baſnage, *art.* 505 de la Coutume » de Normandie, qui réputent meubles les fruits & les grains » après la ſaint Jean; & au contraire celle de Paris, *art.* 92, » ne les eſtime meubles, s'ils ne ſont coupés. Comment en » uſeroit-on entre des légataires, des héritiers aux meubles, » & des héritiers aux propres, s'il arrivoit qu'un homme do- » micilié à Paris, & qui avoit des héritages en Normandie, » mourût après la ſaint Jean?

» Béraut étoit du ſentiment, qu'entre le légataire & l'héritier » aux meubles, les fruits qui ſont ſur les terres d'une Province, » doivent être réputés meubles, du jour que la Coutume d'icelle » les répute meubles, & par conſéquent les fruits des héritages » étant en Normandie, appartiendront au Légataire; mais que » s'il étoit queſtion entre les héritiers du partage d'iceux, il » ſeroit réglé ſelon la Coutume du lieu où le Propriétaire étoit » domicilié lors du décès. Il faut réſoudre à mon avis indiſtinc- » tement, que tant à l'égard des légataires, que des héritiers, » l'on doit ſuivre la Coutume du lieu où les fruits ſont excrus. » Il eſt bien vrai que les meubles doivent ſe partager ſelon la » Coutume du lieu où le défunt avoit établi ſa demeure; mais » quand il s'agit de déterminer ſi des fruits doivent être con- » ſés meubles, ou immeubles, l'on doit ſuivre la Coutume de » la ſituation des héritages, ſur leſquels ils ſont excrus; de ſorte » que ſi le défunt demeuroit à Paris lors de ſon décès, quoique

» par la Coutume de Paris, ils ne ſoient eſtimés meubles, s'ils » ne ſont coupés, néanmoins la Coutume de Normandie les » réputant meubles après la ſaint Jean, leur nature ne doit pas » être réglée par la Coutume de Paris, mais par celle de la ſitua- » tion des héritages qui ont produit ces fruits. Le domicile fait » bien la regle du partage; & par cette raiſon, ce qui eſt ré- » puté meuble en tous lieux, doit être partagé ſelon la Loi du » domicile; mais il ne regle pas la nature & la qualité des biens, » de ſorte que quand ils ſont en divers lieux, & que ce qui eſt » cenſé meuble dans une Coutume, ne l'eſt pas dans l'autre, » celle de la ſituation de la choſe doit être ſuivie comme pou- » vant donner la Loi & définir la nature & la qualité de ce qui » eſt dans ſon territoire.

» Par le même principe, ſi un homme domicilié en Norman- » die, poſſédoit des héritages en France, & qu'il mourût après » la ſaint Jean, mais auparavant que les grains & les fruits étant » ſur ces héritages, fuſſent coupés, ils appartiendroient incon- » teſtablement à celui qui auroit le fonds en partage, parce » qu'ils ſeroient encore immeubles, & qu'ils ſeroient partie du » fonds, & quoique, par la Coutume de Normandie, les fruits » & les grains, après la ſaint Jean, ſoient ameublis, parce que » cette Coutume n'a pas l'autorité de régler ce qui eſt hors de » ſon détroit.

Quant aux fruits, en ce qui regarde l'intérêt des conjoints, voyez la *Diſſertation précédente, quatrieme queſtion.*

Dans les Parlements du Royaume, il y a une Juriſprudence différente pour l'hypotheque des dépens.

Dans celui de Toulouſe, l'hypotheque pour les dépens n'eſt acquiſe que du jour de la condamnation. D'Olive, *L. 4, ch. 21.*

Il en eſt de même à Bordeaux. La Peyrere, *Lett. H, n. 86.*

A Grenoble, l'hypotheque eſt du jour du titre, quand il y a une ſtipulation expreſſe, ſinon du jour de la condamnation.

De même dans le Parlement de Bretagne.

En Normandie, ſuivant *l'art.* 595, les dépens prennent hypotheque du jour de l'introduction des procès, pour les Jugements rendus en cette Province.

Au Parlement de Paris, ſoit que dans le titre primordial il y ait la clauſe de tous dépens, dommages & intérêts, ſoit qu'elle n'y ſoit pas, l'hypotheque eſt du jour du titre, lorſqu'il eſt paſſé pardevant Notaires: jugé par Arrêt du 18 Août 1608.

Cela ſuppoſé, un homme eſt fondé en une obligation paſſée à Paris, ſur laquelle il intervient une condamnation obtenue au Parlement de Paris, & il veut la mettre à exécution à Toulouſe, à Grenoble, en Normandie & à Paris, *quid juris?*

Après tout ce que nous avons obſervé ci-devant, il eſt facile de répondre dans l'eſpece propoſée, que ne s'agiſſant pas ici de donner une ſimple hypotheque aux dépens, ce qui tomberoit dans le droit général qui accorde aux actes authentiques & aux jugements rendus dans le Royaume, une hypotheque générale par tout le Royaume, mais s'agiſſant de fixer la date de cette hypotheque, & même de la faire remonter avant la condamnation, & de la mettre à exécution dans des Parlements, où la date de cette hypotheque eſt différente, c'eſt la Juriſprudence du lieu où ſe fait l'exécution, qu'il faut obſerver; & ſuivant la nature des dépens, la cauſe de la créance aura, dans chacun de ces Parlements, les prérogatives, ou droits communs qui lui ſont attribués.

La queſtion s'en eſt préſentée au Parlement de Normandie, pour intérêts & quelques dépens adjugés : elle y fut appointée; mais comme Baſnage la traite fort amplement ſur l'Article 595 de cette Coutume, je vais rapporter ici ce qu'il en dit.

» Je viens de remarquer quelle étoit la Juriſprudence du Par-
» lement de Paris, touchant l'hypotheque des intérêts, ſoit que
» par le contrat on eût employé, ou non la clauſe, à peine de
» tous dépens, dommages & intérêts; cette même queſtion
» donna lieu à cette conteſtation au Parlement de Norman-
» die.

» Feu Nicolas du Tot, Ecuyer, Sieur d'Orgueil, & ſon frere
» aîné, dont il étoit héritier, s'étoient obligés envers un Tail-
» leur d'habits de Paris, lequel les fit ajourner au Châtelet de
» Paris, pour ſe voir condamner aux intérêts; ce qui fut jugé
» par Sentence du Châtelet, de l'année 1648; & en 1658, le
» ſieur du Tot fit une tranſaction avec le tuteur des enfants de
» ce Tailleur, par laquelle il s'obligea de lui payer 2800 livres,
» tant pour le principal, que pour les intérêts & dépens, &
» auſſi ce tuteur fit condamner le ſieur du Tot aux intérêts, du
» jour de la demande.

» Au décret de la Terre d'Orgueil, les nommés Beaujan &
» le Cauchois, qui avoient épouſé les filles héritieres de ce créan-
» cier, oppoſerent, pour être colloqués du principal de 600 l.

» qui restoient pour les intérêts, comme du jour de la premiere » obligation & condamnation qui fut en 1648.

» Charles Gruin, Ecuyer, Sieur des Bordes, & les autres » créanciers consentoient l'hypotheque de 1648, pour le prin- » cipal de l'obligation; mais pour les intérêts, ils soutenoient » qu'ils n'avoient hypotheque que du jour de la condamnation; » c'est-à-dire, en 1658; ce qui fut jugé de la sorte.

» Sur l'appel de Beaujan & de Cauchois, Durand, leur Avo- » cat, représentoit que par la Jurisprudence du Parlement de » Paris, les intérêts ont hypotheque du jour de l'obligation; » & là-dessus il s'aidoit des raisons & des Arrêts rapportés par » M. Louet & par M. Brodeau, *L. D. n.* 42; d'où il concluoit » que s'agissant d'une obligation & d'une condamnation jugée » à Paris, il falloit suivre la regle du Parlement de Paris; ce » qu'il confirmoit par *l'art.* 70 *du Réglement de* 1666, par le- » quel les contrats passés à Paris, quoiqu'ils ne soient pas con- » trôlés, ont hypotheque sur les biens situés en Normandie, » du jour qu'ils ont été reçus devant Notaires: en tout cas, il » ajoutoit qu'il devoit avoir hypotheque dès l'année 1648, qu'il » avoit fait condamner ledit sieur du Tot aux intérêts.

» Je répondois (M. Basnage) pour le sieur des Bordes, que » cette question devoit être décidée plutôt par notre Coutume, » dont la disposition étoit certaine, que par la Jurisprudence » du Parlement de Paris, qui est incertaine, comme on l'ap- » prend par le témoignage même des Auteurs que l'on avoit » cités; & puisque, suivant cet Article, les exécutoires de dé- » pens n'ont hypotheque que du jour de l'introduction du pro- » cès, il y avoit d'autant moins de difficulté à juger que les in- » térêts ne peuvent être colloqués que du jour de la demande, » qu'en Normandie on ne juge aucuns intérêts des obligations » pour prêt, bien qu'ils soient demandés.

» On apprend de M. Louet, qu'autrefois cette question avoit » été jugée diversement, qu'il fut décidé pour les dépens qu'ils » avoient hypotheque du jour du contrat, contre le sentiment » de du Molin, qui ne donnoit hypotheque que du jour de » la condamnation. Pour les intérêts, on ne les jugeoit du jour » du contrat, que lorsqu'il y avoit cette clause, *à peine de tous* » *dépens, dommages & intérêts;* & cette Jurisprudence a été » suivie très-long-temps, comme on l'apprend de M. le Prêtre » & de Mornac sur la Loi *Lucius Titius de pig. & hypotheq.*

» Mais Brodeau ajoute qu'enfin l'on a jugé l'hypotheque du » jour du contrat, quoique cette clauſe, à peine de tous dé- » pens, dommages & intérêts, n'y fût pas employée, par cette » raiſon que, *ea quæ ſunt ex uſu communi, ſemper ineſſe vi-* » *dentur.*

» Mais je répondois, (c'eſt toujours Baſnage qui parle) que » cette Juriſprudence ne devoit point être reçue: car il y a » grande différence entre les intérêts qui ſont dûs, *ex natura* » *contractûs*, & les intérêts qui réſultent d'une obligation pour » prêt.

» Il eſt juſte que les intérêts qui ſont dus par la nature du » contrat, comme en étant de l'eſſence, aient la même hypo- » theque que le contrat, parce qu'ils entrent à la place de la » choſe promiſe & convenue. L'acheteur qui eſt dépoſſédé du » fonds qu'on lui a vendu, & dont le vendeur ne peut le met- » tre en poſſeſſion, eſt colloqué pour les intérêts d'éviction du » jour du contrat, *quia in contractu venditionis, aut locationis* » *nemo præciſe tenetur ad factum*, & toutes les promeſſes qui » conſiſtent en fait, ſe réſolvent en intérêts, lorſqu'elles ne » ſont point exécutées, *ſed loco rei quæ præſtari non poteſt, ſuc-* » *cedit id quod intereſt;* & comme cet intérêt procede de la na- » ture du contrat & qu'il en fait partie, l'hypotheque en eſt ac- » quiſe du jour du contrat.

» Il n'en eſt pas de même des intérêts qui proviennent d'une » obligation pour prêt; bien loin qu'ils ſoient de l'eſſence du » contrat, ils ſont contraires à ſa nature. *Nam mutui ſubſtantia* » *eſt ut ſit officium gratuitum* : l'argent eſt ſtérile de ſoi; il ne » peut produire d'intérêts, & comme dit une Loi, *uſura naturâ* » *non pervenit, ſed Jure percipitur, L. ſi navis 62, ff. de rei* » *vind.*

» Les intérêts ſont ſi étrangers & ſi accidentels à l'obligation, » que la convention en ſeroit uſuraire & illicite, & par les re- » gles qui s'obſervent à Paris, les intérêts d'une obligation ne » ſont point dûs, *nec ex conventione, nec ex mora* : il ne ſuffit » pas que le débiteur ſoit en retardement; ce n'eſt pas aſſez » qu'ils aient été demandés; il faut en avoir condamnation, & » *ſolo judicis officio veniunt* : c'eſt le décret ſeul du Juge qui » leur donne l'être; c'eſt de cette clauſe nouvelle qu'ils procé- » dent; ce qui produit par la même raiſon une nouvelle obliga- » tion, qui ne peut avoir une hypotheque avant qu'elle ſoit

» née & qu'elle ait commencé d'être; cette condition ne peut » pas avoir plus d'effet qu'une convention légitime. C'eſt un » uſage notoire en Normandie, que ſi le créancier conſtitue » en rente ſon obligation, il conſerve ſon hypotheque pour » ſon obligation du jour qu'elle a été faite; mais pour les arré- » rages, il n'en eſt colloqué que du jour qu'ils ſont pronon- » cés. On objecte qu'encore que les intérêts ſoient dûs, *ex pe-* » *titione*, ils ne pourroient être néanmoins dûs ſans l'obligation: » d'où l'on infere que n'étant qu'acceſſoires, ils ſuivent la na- » ture de l'obligation. Mais j'ai fait voir qu'encore qu'ils ne » ſoient fondés que ſur l'obligation, ils ſont néanmoins étran- » gers, & même contraires à la nature de l'obligation, & qu'ils » n'ont lieu qu'en vertu de la condamnation.

» Pour la ſeconde queſtion, je répondois (c'eſt encore Baſ- » nage) qu'encore que cette condamnation d'intérêts eût été » jugée à Paris, elle ne pouvoit être exécutée hypothécairement » en Normandie contre la diſpoſition de la Coutume; qu'il fal- » loit faire différence entre les actions perſonnelles & réelles, » *inter Statuta quæ perſonam reſpiciunt, aut rem;* que quand il » s'agit de la condition & de l'état de la perſonne, la Coutume » de ſon domicile doit être conſidérée, laquelle a ſon étendue » par-tout : par exemple, que comme on eſt majeur en Nor- » mandie à vingt ans, ſi un Normand contractoit de choſes » même qui ſont ſituées ſous la Coutume de Paris, où la majo- » rité n'eſt parfaite qu'à vingt-cinq ans, le contrat ſeroit va- » lable : on peut dire la même choſe de ce qui concerne la » forme des contrats ou des teſtaments; ils ſont valables par- » tout quant à la forme, ſi l'on y a obſervé toutes les formalités » preſcrites par la Coutume des lieux où ils ont été paſſés. C'eſt » pourquoi on a jugé en ce Parlement, que les contrats paſſés » à Paris, n'étoient point ſujets à contrôle pour avoir hypo- » theque ſur les biens de Normandie; mais pour les actions » réelles, les pactions paſſées ailleurs, bien que ſolemnelles & » conformes à la Coutume des lieux où elles ont été faites, ne » peuvent valoir contre l'autorité de la Coutume du lieu où » ſont ſitués les biens que l'on prétend y être hypothéqués, » *quia Statuta clauduntur territorio* : la ſtipulation de la moitié » des biens en douaire, portée par un contrat de mariage fait à » Paris, où cette paction eſt légitime, ſeroit nulle en cette » Province, parce que la femme ne peut avoir que le tiers,

» & c'eſt notre uſage que nonobſtant la communauté ſtipulée » par un contrat fait à Paris, elle n'eſt point reçue en cette » Province, ſur les acquêts qui y ſeroient ſitués.

» S'il s'agiſſoit (continue Baſnage) de ſavoir ſi la condamna- » tion d'intérêts pour une obligation eſt valable, & peut être » exécutée ſur les biens de Normandie, il eſt certain que pour » décider cette queſtion, on conſidéreroit l'uſage de Paris, parce » que l'obligation ayant été faite à Paris, ce ſeroit une action » perſonnelle; mais étant queſtion d'hypotheque ſur des biens » ſitués en Normandie, la Coutume du lieu doit être préférée à » celle de Paris.

» Voyez M. d'Olive, *L.* 7, *ch.* 25 de ſes queſtions. A Tou- » louſe on a jugé le contraire de ce qui s'obſerve à Paris : voyez » M. Mainard, au lieu cité par Brodeau.

» Pour la troiſieme queſtion, qu'ils devoient avoir hypothe- » que dès l'année 1648, on répond que par la tranſaction, les » 2800 livres étoient promis, tant pour le principal, que pour » les intérêts & dépens.

» Or, étant colloqués de cette ſomme, ils ne pouvoient » plus ſe ſervir de la Sentence de 1648, pour les intérêts qui » n'étoient dûs, & ne procédoient que de cette ſomme de » 2800 livres, qui compoſoient les intérêts & le capital pré- » cédent, & leſquels n'étoient dûs qu'en vertu de la condam- » nation qu'ils avoient obtenue en 1658; ceſſant laquelle ils » ne les pourroient demander : car étant payés de ce qui leur » étoit dû en vertu de la Sentence de 1648, & en ayant tran- » ſigé en 1658, ces nouveaux intérêts étoient une nouvelle » obligation qui ne pouvoit avoir hypotheque que du jour » qu'elle avoit commencé d'être : la cauſe ayant été plaidée » le 6 Mars 1674, elle fut appointée au Conſeil.

» En 1683, la queſtion s'en eſt préſentée pour des dépens au » Parlement de Normandie.

Claude Taillefer avoit obtenu une condamnation de dépens hors l'étendue du Parlement de Normandie.

Il prétendoit qu'aux termes de *l'art.* 595 de la Coutume de Normandie, il devoit avoir hypotheque du jour de ſon action, encore que la condamnation eût été prononcée ailleurs, dès que le Jugement étoit rendu entre perſonnes domiciliées en Normandie.

Jacques le Queru prétendoit, au contraire, que l'hypotheque

ne pouvoit remonter qu'à la date de la condamnation qui ne réſultoit pas d'un contrat portant la clauſe, *à peine de tous dépens, dommages & intérêts.*

Que, ſuivant *l'art.* 595, les jugements devoient être rendus dans le Parlement de Normandie, faute de quoi, il falloit retourner à l'Ordonnance de Moulins, *art.* 153.

Que ce n'étoit pas étendre la Coutume de Paris dans celle de Normandie, & que c'étoit celle de Normandie qui le vouloit ainſi.

Jugé pour ce dernier parti en Normandie, par Arrêt du 7 Décembre 1683, rapporté dans un Livre intitulé, *L'Eſprit de la Coutume de Normandie, ou Recueil d'Arrêts*, page 150.

M. d'Olive, *L.* 7, *ch.* 25, *en ſes Additions*, dit qu'il eſt remarquable que par l'Arrêt de Jean Maillé, ci-devant rapporté, il fut jugé que les créanciers qui avoient contracté dans le reſſort du Parlement de Bordeaux, avec Jean Maillé qui y étoit domicilié, ne ſeroient alloués pour les intérêts, en la diſtribution des biens de leur débiteur, aſſis dans le reſſort du Parlement de Toulouſe qu'en dernier lieu, & après l'allocation des ſommes principales, bien que dans le diſtrict du Parlement de Bordeaux, les intérêts ſoient alloués aux Créanciers, en même rang que le principal, ſuivant la Loi *Lucius* qui n'eſt pas en uſage à Toulouſe.

Mais voici une autre queſtion des plus importantes.

Il y a des Coutumes où les conjoints, pour raiſon du remploi à eux dû, du prix de leur propre vendu, ont hypotheque du jour du mariage, & il y en a d'autres où ils ne l'ont que du jour de l'aliénation: nous ſuppoſerons que les biens ſujets à l'action du remploi, ſe trouvent ſitués dans ces dernieres Coutumes, pendant que le mariage a été contracté dans les premieres. Dans cette eſpece, de quel jour la femme aura-t-elle hypotheque pour ſon remploi?

Cette queſtion ſe trouve pleinement traitée dans Péléus, *queſt.* 11, & elle a été jugée en faveur de la Loi du domicile matrimonial, dans l'eſpece que voici.

Un homme & une femme contractent mariage en la Province de Bretagne, lieu de leur domicile, & par leur contrat il n'avoit été ſtipulé aucun remploi, ni récompenſe au profit de la femme, en cas d'aliénation de ſes propres; & le mari, du conſentement

conſentement de ſa femme, avoit vendu & aliéné un propre d'elle ſitué en Bretagne.

Par cette Coutume, la femme peut demander récompenſe de ſes propres aliénés, & la Loi lui donne hypotheque ſur les biens du mari, mais du jour de l'aliénation ſeulement. Le mari avoit ſes biens ſitués en Anjou, où, ſelon l'expoſé de Péléus, la Coutume ne donne à la femme aucune récompenſe, qu'en un cas, dans lequel les Parties ne ſe trouvoient point, & d'ailleurs pour cette récompenſe, elle n'a point d'hypotheque, & elle n'a que la voie de ſimple action.

» De Lhommeau, *Liv. 3 de ſa Juriſprudence Françoiſe, page* » 124, convient effectivement qu'auparavant certains Arrêts » que nous allons citer, la récompenſe des propres vendus de » l'un, ou l'autre des conjoints, n'étoit pas en uſage en Anjou, » ſinon en un ſeul cas, ſavoir, quand l'héritage de la femme » étoit vendu, pour acquitter les dettes perſonnelles du mari, » créées avant leur mariage, lequel cas excluoit tous les autres; » mais que par deux Arrêts, l'un du 2 Septembre 1593, rendu » en la Coutume du Maine, pareille à celle d'Anjou, & un » autre rendu en la Coutume de Poitou, du dernier Décembre » 1604, on a jugé pour la récompenſe des propres vendus, à » prendre ſur les biens de la communauté.

» Le mariage de nos deux Bretons étant diſſolu, la femme » demanda récompenſe, ou remploi de ſes propres aliénés, » ſitués en Bretagne, ſur les biens de ſon mari, ſitués en An- » jou : elle ſoutient que pour raiſon de ce, elle a hypotheque » du jour de l'aliénation, conformément à la Coutume de Bre- » tagne qui eſt la Loi du mariage; que par conſéquent elle peut » ſe prendre ſur tous les biens de ſon mari, ſujets à hypotheque, » quelque part qu'ils ſoient aſſis & ſitués, autrement qu'elle » eût été trompée en faiſant ſon mariage, & ſes biens euſſent » été expoſés à l'indiſcrétion & mauvais ménage de ſon mari, » joint qu'il avoit toujours été jugé par les Arrêts de la Cour, » que les conventions de mariage devoient être réglées & exé- » cutées ſur les biens du mari, ſuivant la Loi du lieu où le con- » trat avoit été fait, où ſe tenoit le domicile des mariés.

» On ſoutenoit au contraire, que la veuve ne pouvoit pré- » tendre hypotheque ſur les biens ſitués en Anjou, ou qu'en » vertu de la Coutume d'Anjou, ou qu'en vertu des conven- » tions appoſées en ſon contrat de mariage : elle ne le pouvoit

» en vertu de la Coutume d'Anjou, d'autant qu'elle n'étoit pas » dans le cas où cette Coutume donne la récompenſe. Le mari » n'avoit pas vendu le bien de ſa femme, pour payer ſes dettes » antérieures à ſon mariage, & d'ailleurs cette Coutume ne » donnoit récompenſe que par une ſimple action ſeulement ; » qu'encore que par l'Article 449 de la Coutume de Bretagne, » la femme dont le bien a été aliéné par le mari, ait hypothe- » que pour le remploi, ſur ſes biens, dès le jour de l'aliéna- » tion, cette Coutume n'a point de force & de vertu hors de » ſes limites, non plus que le Juge, qui eſt la Loi vivante ; de » ſorte que cette Coutume ne peut paſſer hors de la Bretagne, » & s'étendre juſqu'en Anjou, où il y a une autre Loi qui, com- » me Reine & Princeſſe, commande à ſes Sujets comme bon » lui ſemble : elle ne le pouvoit encore en vertu de ſes conven- » tions ; car il n'y a aucune ſtipulation de récompenſe & de » remploi par le contrat de mariage.

» Sur cette conteſtation intervint, après un appointement, » Sentence au profit de la femme, de laquelle les héritiers du » mari s'étant portés pour Appellants en la Cour, ils diſoient, » pour moyens d'appel, que les Coutumes ſont les Loix civiles » de chaque Province qui n'ont point d'empire les unes ſur les » autres. C'eſt pourquoi les biens ſitués en diverſes Coutumes, » font divers patrimoines.

» C'eſt par cette raiſon que du Molin a répondu, *conſ.* 53, » que quand l'acte dont il s'agit, ne dépend point de l'homme, » ni de la convention, mais de la ſeule diſpoſition de la Cou- » tume, & que les biens ſont ſitués en divers lieux régis par » Coutumes différentes, alors il faut garder l'une & l'autre » Coutume, & ſuivant icelles régler les biens ; parce que dans » le doute de l'intention des contractants, *nihil aliud voluiſſe* » *videntur contrahentes quàm quod Provinciali lege cautum eſt.*

» Or, la Coutume de Bretagne ne parle que des biens ſitués » en ſa Province, & il n'y a pas d'apparence d'étendre plus loin » la Coutume. Comme les meubles ſe gouvernent par la Loi du » domicile, les immeubles ſe régiſſent par la Loi de la ſituation. » *DD. in L.* 1, *C. de ſumm. Trinit.*

» Finalement les Appellants diſoient que toutes les fois qu'il » eſt incertain par quelle Coutume le différend doit ſe vuider, » il faut regarder la Coutume du lieu où doit ſe faire le paie- » ment. *L. contraxiſſe, ff. de act. & oblig. L.* 1, *ff. de uſur.* Boé-

» rius, *conſ.* 50. Or la veuve pourſuivant le défendeur en An-
» jou, ce ſeroit là où le paiement devroit ſe faire, s'il lui étoit
» dû quelque choſe; partant, il faut s'arrêter à la Coutume
» d'Anjou qui ne donne point d'hypotheque, & non pas à celle
» de Bretagne, puiſque le paiement ne peut ſe faire au lieu où
» il n'y a point de biens.

» Enfin les Etats de chaque Province ayant accoutumé de
» jurer de garder les Loix arrêtées de leur conſentement, il eſt
» bien certain que ceux d'une autre Province qui n'ont point
» juré, ne ſont point tenus de les garder. *L.* 1, *ff. ſi mulier*
» *ventr. nom.* & il n'y a que ceux qui ont prêté le ſerment,
» qui y ſont obligés; & par ces moyens, concluoient les Ap-
» pellants, qu'étant queſtion des biens d'Anjou, il n'y avoit
» apparence d'avoir fondé la Sentence ſur la Coutume de Bre-
» tagne.

» A quoi la veuve répondoit que les Appellants ſe trompoient
» de dire que les mariés n'avoient point fait de conventions
» touchant le remploi des biens de la femme, aliénés; parce
» qu'ayant contracté en Bretagne, & y demeurant, ils ſont
» cenſés avoir contracté ſelon la Coutume de Bretagne, n'y
» ayant point ſpécialement dérogé; de ſorte que cette conven-
» tion tacite doit s'étendre pour l'hypotheque, ſur toutes ſor-
» tes de biens; la perſonne étant obligée, tous les biens, quel-
» que part qu'ils ſoient, le ſont néceſſairement, & ceſſant toute
» convention. C'eſt une maxime que quand une Coutume eſt
» perſonnelle, & qu'elle diſpoſe de la perſonne, comme celle-
» ci, qui parle du mari aliénant le bien de ſa femme, alors elle
» doit s'exécuter ſur tous les biens, en quelque endroit qu'ils
» ſoient, les biens n'étant qu'acceſſion & dépendances des per-
» ſonnes; & c'eſt la réſolution de M^e. Ch. du Molin, en ſon
» *Conſeil* 53, & de Balde *in L. cunctos populos, C. de ſumm.*
» *Trinit.* outre la Loi *ſi fundus, ff. de evict.*

» Ainſi par l'Arrêt de la Cour, appellé de Saint-Maure,
» donné en Mars 1549, les acquêts faits à Paris, par un mari
» domicilié à Lyon, furent réglés, non par la Coutume de
» Paris où ils étoient ſitués, mais par celle de Lyon où les Par-
» ties demeuroient, & avoient été mariées; & par autre Ar-
» rêt du mois de Mars 1598, plaidants la Porte & Favereau,
» fut jugé qu'une rente au denier 10, conſtituée en Norman-
» die où elle eſt bonne, s'exécuteroit ſur les biens des débi-

» teurs ſitués à Paris, bien que là elle ſoit uſuraire. Par autre » Arrêt du même mois & an, fut jugée une autre rente im- » meuble, pour être paſſée à Châlons & y devoir être payée, » bien que les biens hypothéqués à ladite rente, fuſſent ſitués » à Vitry, où les rentes conſtituées ſont meubles. Auſſi eſt ce » une maxime certaine en droit, que toutes fois & quantes que » *non apparet id quod actum eſt, ſequendum eſt id quod frequen-* » *tatur in regione in qua contractum eſt. L. ſemper, ff. de reg. jur.* » & particuliérement pour les contrats de mariage; qu'on tient » pour réſolution certaine, que la Coutume du domicile du » Pays & de l'origine, oblige les mariés, & non pas une Cou- » tume externe & inconnue; & partant, le défunt mari de » l'Intimée, s'étant marié en Bretagne, où il a toujours de- » meuré depuis, il eſt cenſé s'être obligé aux charges de la » Coutume de Bretagne, laquelle obligation s'étend ſur tous les » biens de l'obligé. *Leg. exigere dotem, ff. de jud.*

» Car cette circonſtance particuliere du domicile du mari » qui étoit en Bretagne, a fort grand poids en cette cauſe, » pour ce que, quand il s'agit du gain de la dot, il faut garder » la Coutume du domicile du mari. Ici donc, où il s'agit, non » du gain, mais d'éviter une perte évidente, il eſt certain que » l'intimée eſt aſſiſtée de toute la faveur qu'il eſt poſſible d'ima- » giner, attendu même que durant le mariage, les conjoints » ont toujours fait leur demeure en Bretagne; & quant aux rai- » ſons & Arrêts allégués par les parties adverſes, ils ſont fon- » dés ſur cette maxime que lorſqu'il y a deux Coutumes réel- » les, & qui diſpoſent principalement des choſes, alors il faut » ſuivre en chacune d'icelles, ce qui eſt pratiqué & véritable; » mais cette Coutume étant perſonnelle, & faite touchant les » perſonnes des mariés, qui les oblige par hypotheque de leurs » biens, il ne faut douter que cette obligation, comme elle eſt » perſonnelle, ne s'exécute auſſi ſur tous les biens de l'obligé, » en quelque part qu'ils ſoient aſſis & ſitués, & conſéquem- » ment ſoutenoit l'intimée qu'il étoit bien jugé par la Sentence.

» Par Arrêt du 23 Juillet 1604, plaidants Girard & Robert, » le jeune, fut dit que la veuve avoit hypotheque ſur les biens » de ſon mari ſitués en Anjou, du jour de l'aliénation, pour la » récompenſe de ſes biens aliénés ſitués en Bretagne; cet Ar- » rêt eſt encore rapporté par Bouchel, *verbo*, remploi, & par » Chopin, des privileges ruſtiques, *L.* 2, *ch.* 2; mais les moyens » n'en ſont pas ſi développés.

Sans entrer dans l'examen des différents moyens allégués de part & d'autre, & ſans en peſer la valeur, faiſons un peu quelques réflexions ſur cette queſtion.

L'action de remploi, ou de récompenſe due à celui des conjoints, dont les héritages propres ont été vendus, a ſa ſource dans la prohibition portée dans preſque toutes nos Coutumes, aux conjoints de s'avantager indirectement, & le Droit commun eſt que les conjoints ne peuvent s'avantager que des conquêts, & même en uſufruit, quand il n'y a pas d'enfants.

Pour éluder cette prohibition, les conjoints vendoient leurs propres, les convertiſſoient en deniers ou en acquiſitions nouvelles; & comme dans les premiers temps il n'y avoit point de remploi, ces deniers & ces acquiſitions tomboient dans la communauté, & les conjoints éludoient par-là la prohibition de s'avantager.

Pour empêcher cet inconvénient, les conjoints avoient la faculté de ſtipuler le remploi par leur contrat de mariage; & quand ils avoient négligé cette premiere précaution, ils avoient pour ſeconde reſſource la liberté de ſtipuler le remploi par le contrat même d'aliénation; il en eſt reſté des traces dans *l'art.* 232 de la Coutume de Paris, de nouvelle réformation: mais quand ils avoient négligé l'une & l'autre précaution, les deniers qui avoient été payés des propres vendus, ou les acquiſitions faites de ces deniers tomboient de droit dans la communauté, & dès-lors la voie étoit ouverte aux fraudes, aux ſurpriſes & à tous les inconvénients que la prohibition légale de s'avantager avoit voulu prévenir.

La fortune de la femme étoit même ſouvent très-expoſée, & plus que celle du mari: car le mari à ſon égard ne vendoit que très-volontairement, & pouvoit prendre toutes ces précautions; mais la femme dépendante de ſon mari, n'étoit pas dans une liberté ſi entiere, & elle étoit par conſéquent expoſée aux ſollicitations, ou trop réitérées, ou trop violentes de ſon mari qui s'emparoit par des ventes de la meilleure partie des biens de ſa femme; ce qui avoit donné lieu à un Brocard de Droit, que *le mari ne pouvoit ſe lever aſſez matin pour vendre le bien de ſa femme.*

Dans les Coutumes qui permettent aux conjoints de s'avantager, ces inconvénients n'étoient pas ſi à craindre: en effet, faute d'avoir ſtipulé un remploi par le contrat de mariage, ou

en tout cas par le contrat même d'aliénation, ainſi que les conjoints en avoient la liberté, on pouvoit préſumer de leur part une volonté de ſe donner : mais avouons-le, cette préſomption étoit bien équivoque ; tout homme qui vend n'eſt pas pour cela ſeul préſumé vouloir donner ; l'omiſſion d'une clauſe de remploi dans les contrats de vente ne venoit-elle pas autant, ou d'ignorance de la Loi, ou d'inattention, ou encore de violence & de ſurpriſe, qu'elle pouvoit venir d'une volonté préſumée de donner ? Et dans ces circonſtances pouvoit-on ainſi priver le conjoint du prix de ſa choſe vendue, & d'une récompenſe ſi légitime ;

Cependant l'ancienne Juriſprudence n'admettoit pas le remploi, s'il n'étoit ſtipulé, ou par le contrat de mariage, ou par le contrat d'aliénation.

Mais enfin on eſt revenu inſenſiblement aux grandes regles : *l'art.* 232 de la Coutume de Paris, a commencé à en fixer la Juriſprudence pour cette Coutume ſeulement : car M. Louet, *Lett. R. chap.* 30, aſſure que cette Coutume n'avoit lieu, *extra territorium ;* & Brodeau, Ricard & le Journaliſte du Palais, citent pluſieurs Arrêts qui l'ont décidé ainſi dans les Coutumes du Maine, Tours, Poitou, Senlis, Picardie & Artois.

Mais depuis cette Juriſprudence s'eſt étendue, & a formé comme un Droit général pour les Coutumes mêmes qui ne parlent d'aucun remploi, ainſi que pour celles qui permettent aux conjoints de s'avantager au-delà des conquêts ; voyez la Diſſertation de M. Juſte de Laitre, ſur *l'art.* 286 de la Coutume de Sens.

Il y en a, ſelon moi, une raiſon bien déciſive. Pourquoi le prix des biens vendus tomberoit-il dans la communauté ? la communauté peut-elle être compoſée d'autres effets que de ceux que les conjoints y ont fait entrer dans le principe, ou de ceux que la Loi y fait entrer, de ſon autorité, les effets qui en ſont exclus, ou par la convention, ou par la Loi, n'y pouvant pas entrer ? comment le prix d'iceux pourroit-il y entrer, ſurtout dans les Coutumes prohibitives de s'avantager ?

La néceſſité du remploi vient donc de deux cauſes, de ne point confondre ce qui doit compoſer la communauté avec ce qui n'en doit pas faire partie, & de ne point faire perdre à un conjoint le prix d'un propre ſur le fondement d'une donation

préſumée, & qui peut être, ou contre la Loi, ou contre la volonté des conjoints.

On juge même le remploi contre un mari ſéparé de biens d'avec ſa femme, quand elle ne vend que de ſon autorité, & que le mari ne juſtifie pas d'un emploi; parce que nonobſtant la ſéparation de biens, la femme eſt toujours ſous l'autorité de ſon mari, qui eſt ſon chef, & de qui elle doit être ſpécialement autoriſée, & qui par conſéquent doit veiller à l'emploi.

Il y en a un Arrêt célebre rendu au rapport de M. l'Abbé Pucelle, le 5 Septembre 1711, confirmatif d'une Sentence arbitrale, rendue par MM. Gaillard & Brilleux, célebres Conſeillers au Châtelet; la Dame Comteſſe du Bois de la Roche, héritiere du ſieur Marquis du Châtelet, appellante, & la Dame Marquiſe du Châtelet, veuve non commune, intimée.

On pourroit encore citer l'Arrêt du 25 Janvier 1724, rendu en la ſeconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Hénin, Préſident M. Gilbert, infirmatif d'une Sentence du Châtelet, du 4 Février 1718, entre la Dame Marcel, épouſe du ſieur Déſeſteaux, & auparavant veuve du ſieur François Marque de Cheſſy, appellante, & le ſieur Antoine Marque, intimé. Le contrat de vente portoit que les deniers étoient reſtés ès mains de la femme qui étoit non commune; mais pour l'exactitude, & afin de ne pas s'y tromper, il faut ajouter qu'en cauſe d'appel on avoit rapporté la preuve que les deniers avoient tourné au profit du mari.

Pour décider donc la néceſſité du remploi, on ne conſulte point la Loi de la ſituation. *Nihil referre putandum eſt, ex conſuetudine ſitûs recompenſa debeatur, nec ne, quia ratio ſitûs non habetur in jure perſonali*, dit Burgundus, *tract.* 1, *n.* 20, *& totam eſſentiam conſequitur à loco domicilii, ſi in loco illo vires habeat.* Or, dans le Pays coutumier, où les femmes ſont ſous la puiſſance de leurs maris, le remploi eſt dû, ſoit que la Coutume l'admette ou non, & ſoit même que les conjoints ſoient en communauté ou non; parce que dans le Pays coutumier, la néceſſité du remploi vient de l'autorité que les maris ont ſur leurs femmes, & de la crainte de l'avantage indirect.

Cela préſuppoſé, la Loi du domicile matrimonial donne à une femme pour le remploi de ſon propre aliéné, une hypotheque ſur les biens de ſon mari, du jour du contrat de mariage; mais les biens du mari ſont ſitués en Coutumes, qui n'en don-

nent que du jour de l'aliénation. Je dis d'abord qu'il ne me paroît pas qu'il y ait difficulté dans le cas où la femme accepte la communauté ; parce que la communauté étant acceptée, elle eſt par conſéquent bonne & avantageuſe : & cette communauté ne pouvant d'ailleurs être compoſée que de ce qui eſt véritablement commun, puiſque la Loi qui régit la communauté ordonne le remploi, il ſe fait dans le partage une délibation de ce qui peut y être fondu, & n'en fait pas partie : la caiſſe de la communauté rend à la caiſſe de la femme ou du mari, ce qui auroit dû y être mis dès l'inſtant de l'aliénation, & dès-lors il n'eſt plus queſtion d'hypotheque : il eſt indifférent où les biens ſont ſitués, parce que l'indemnité, ou récompenſe ſe fait par délibation ; & cette délibation ſe fait ſur la maſſe qui eſt bonne, & entiérement régie par la Loi de la communauté : & c'eſt dans cette eſpece que l'on peut faire une application juſte & entiere de la réſolution ci-deſſus, de M. le Brun en ſon Traité de la communauté, *pag.* 315, *n.* 54, où il eſtime que le remploi eſt une dépendance du Droit de communauté, & qui doit ſuivre la Loi qui régit la communauté ; mais ſi la femme renonce à la communauté, & veut exercer le remploi ſur les biens de ſon mari, & pour ce, faire valoir l'hypotheque que lui donne la Loi du domicile matrimonial, c'eſt là le point de la difficulté : car de dire que cette queſtion eſt une dépendance de la communauté, cela paroîtra bon, quand elle eſt acceptée, & qu'il s'agit de la partager.

Mais quand la communauté eſt répudiée, pour lors il n'eſt plus néceſſaire de partager la communauté qui eſt comme non avenue par le moyen de la renonciation.

A cela, néanmoins, il faut répondre que la renonciation à la communauté ne ſauroit anéantir ce qui s'eſt fait pendant qu'elle a ſubſiſté : c'eſt à raiſon de la communauté que le mari eſt reſté le maître du prix des propres vendus, parce qu'il avoit droit de jouir de ce prix : & cette raiſon de communauté agit encore plus puiſſamment dans le cas où le remploi provient d'aliénations forcées ; parce que le mari, comme maître de la communauté, a droit de recevoir le prix de l'aliénation, ſans même que le conſentement de ſa femme y ſoit néceſſaire.

Burgundus, *tract.* 1, *n.* 19, agite la queſtion de la récompenſe des propres aliénés des conjoints, & il dit que cette récompenſe, *in conſequentiam ſocietatis venit, ideo ſcilicet introducta*

*ducta ad exequenda jura ſocietatis cui ab alterutro conjugum diſtractione immobilium, nihil adjici poteſt, ne committant in prohibitam conjugum donationem, ſi aliquid abeſſet alteri ex quo alter redderetur locupletior.... Proinde nihil referre putandum eſt ex conſuetudine ſitus recompenſa debeatur, nec ne : ſatis eſt enim ſi in loco domicilii vires habeat ; cùm duntaxat actione perſonali à marito exigatur id, ad quod perſonaliter tenetur, hoc eſt ad refundendum quod ratione ſocietatis ex queſtibus ei adeſt, & heredibus uxoris abeſſe intelligitur.*

Ainſi l'action du remploi eſt toujours dans le cas de la renonciation, comme dans celui de l'acceptation une ſuite & une dépendance de la communauté.

Donc ſi la Loi de la communauté donne le remploi, la femme doit l'avoir ; ſi elle le refuſe, la femme ne l'aura pas. C'eſt pareillement l'avis de M. le P. Bouhier, *ch. 26, n. 91*, ſans conſidérer ſi la Loi de la ſituation donne, ou ne donne pas ce remploi.

Mais il ne faut pas pour cela confondre l'action du remploi & les prérogatives accordées à cette action.

La Loi matrimoniale donne l'action de remploi, & en cela elle n'outrepaſſe pas ſon autorité & ſon pouvoir.

Cette même Loi donne une hypotheque du jour du contrat de mariage : elle l'a encore pu faire en tant que cette hypotheque s'exercera ſeulement ſur les biens de ſon territoire. S'agit-il d'étendre cette hypotheque ſur des biens d'un autre territoire qui a des diſpoſitions contraires ? pour lors la Loi matrimoniale ne peut affecter des biens qui ne lui ſont pas ſoumis ; ces Droits ſont réels ; la Loi ſeule de la ſituation peut diſpoſer de ces biens, & il réſiſte aux principes que l'hypotheque, & Droit réel & légal accordé par la Loi matrimoniale, ait lieu ſur des biens ſitués ailleurs.

C'eſt pourquoi j'eſtime que la déciſion ci-deſſus de le Brun doit être renfermée dans le cas de l'acceptation, non que dans ce cas l'hypotheque matrimoniale ait lieu ſur des biens ſitués ailleurs ; mais le remploi ſe faiſant par délibation plutôt que par hypotheque, & ſur une maſſe, laquelle pour le partage ne peut reconnoître que la Loi matrimoniale, c'eſt cette Loi ſeule qu'il faut conſidérer ; mais hors le partage de la communauté, la Loi matrimoniale peut bien donner l'action de remploi, mais elle ne ſauroit y attacher des prérogatives à exercer ſur des biens qui ſont ſitués ailleurs.

L'Arrêt ci-deſſus de 1604, prouve fort peu : car la néceſſité du remploi commençant, malgré les contradictions, à s'établir, il n'étoit pas poſſible que par une ſuite de ce droit, on n'accordât pas une hypotheque du moins du jour de l'aliénation ; mais doit-on l'accorder du jour du mariage, ſi la Loi de la ſituation ne la donnoit que du jour de l'aliénation ? C'eſt ce que l'Arrêt de 1604 ne décide pas.

Nous parlons de l'hypotheque purement légale : car ſi elle étoit conventionnelle, cette hypotheque auroit lieu dans les Coutumes mêmes qui pourroient ne pas admettre le remploi, ſi elles admettent l'hypotheque réſultante des contrats paſſés ailleurs, ſous ſcel authentique.

Quant à la convention préſumée, ce n'eſt pas ici le cas de l'admettre : car autrement par l'Arrêt de Jean Maillé, du 20 Novembre 1636, dont nous avons parlé ci-deſſus, il n'eût pas fallu accorder le privilege ſur les biens du Touloufain, mais une ſimple hypotheque en conſéquence de la Loi d'Agen : ce que je viens de dire doit être appliqué à l'indemnité de la femme pour raiſon des dettes qu'elle contracte avec ſon mari pendant la Communauté, ou même pendant le mariage, quand il n'y a pas de communauté.

Cette queſtion eſt double ; elle renferme le cas de la communauté & celui de la non communauté.

On convient aſſez volontiers ſur l'une & ſur l'autre de ces deux queſtions, que la femme en communauté de biens ou non, doit avoir une indemnité des dettes qu'elle contracte pour ſon mari, & l'on ne ſe diviſe que par rapport à la date de l'hypotheque que l'on doit donner à cette indemnité.

A l'égard de la femme qui eſt en communauté, nos Auteurs eſtiment aſſez univerſellement qu'elle doit avoir hypotheque pour ſon indemnité du jour du contrat de mariage, quand il y en a un, ſoit qu'à cet effet il y ait ſtipulation ou non, ſinon du jour de la célébration du mariage, quand il n'y a pas de contrat.

La raiſon en eſt que la femme qui contracte une communauté, ſoit expreſſe, ſoit légale, contracte avec ſon mari une ſociété. C'eſt comme aſſociée qu'elle eſt préſumée faire tout ce qu'elle fait ; & c'eſt du jour que cette ſociété a été convenue expreſſément, ou légalement, que les recours & indemnités de la femme doivent avoir lieu, comme les aſſociés en

ont entre eux. La femme étant même dans une dépendance plus grande, qu'un aſſocié ordinaire, il en eſt par cette raiſon, d'autant plus juſte de lui donner les reſſources que tous aſſociés peuvent avoir. Brodeau, *Lett. R, ſom.* 30, *Arrêt du* 5 *Juillet* 1681, *Journal des Audiences;* Renuſſon, *ſect.* 8, *ch.* 4; le Brun, de la Communauté, *liv.* 3, *chap.* 22, *n.* 18.

Il eſt vrai qu'elle a la faculté de renoncer à cette ſociété, privilege qui lui eſt accordé à raiſon de ſa dépendance, & que n'a pas un aſſocié ordinaire; mais c'eſt toujours comme aſſociée qu'elle s'eſt obligée, & c'eſt comme telle qu'elle a un recours contre ſon mari.

Mais ſur la ſeconde queſtion, & lorſque la femme eſt ſéparée de biens, ou non commune, pour lors c'eſt le cas où les Auteurs ſe diviſent, non pas ſur l'indemnité, mais ſur la date de l'hypotheque. Les uns eſtiment que la femme ſéparée de biens, ou non commune, n'étant pas aſſociée, elle ne doit point avoir les prérogatives d'un aſſocié, & que l'hypotheque, pour l'indemnité, n'eſt que de la date des dettes qu'elle contracte avec ſon mari, parce que ces engagements ſont purs volontaires à ſon égard. Arrêt du 9 Avril 1702, au Rapport de M. l'Abbé Pucelle.

Ils ajoutent que dans le droit commun, le premier en date eſt le premier en hypotheque, & que nos Auteurs ſe ſont beaucoup récriés contre la Juriſprudence qui accordoit à la femme une hypotheque, du jour du contrat de mariage, ou du jour de la célébration; ne paroiſſant pas raiſonnable de donner hypotheque pour des dettes non encore contractées. L'hypotheque n'eſt que l'acceſſoire de l'obligation; c'eſt la fille, & elle ne doit pas marcher avant ſa mere. Ce ſeroit même donner occaſion à la fraude. Un mari ſeroit le maître, en faiſant obliger ſa femme, de donner à un créancier de deux jours, un droit ſur ſes biens, au préjudice de tous ſes anciens créanciers, & par ce moyen, de leur faire perdre leur créance, quelque ancienne qu'elle fût; Ricard, *art.* 273 de Senlis, *n.* 14; du Pleſſis, de la Communauté, *liv.* 2, *chap.* 5; *Journal du Palais, tom.* 1, *pag.* 577.

C'eſt pourquoi la Coutume de Bretagne, réformée en même-temps que celle de Paris, ne donne en *l'art.* 439, hypotheque que du jour de l'aliénation des propres; ce qui fut ajouté en cette Coutume, ſur l'avis de d'Argentré, *monente me*, dit-il,

ce qu'il répete encore, *art.* 410 *de l'ancienne Coutume.* Voyez encore la Coutume de Normandie, *articles* 539, 542; Louet, *Lett. R, chap.* 30; Pallu, *art.* 308 *de la Coutume de Tours*, Journal des Audiences, *liv.* 13, *ch.* 7; Lalande, *art.* 192, *n.* 9 *de la Coutume d'Orléans.*

Il eſt vrai que, quoique non commune, ou ſéparée de biens, elle eſt toujours *in ſacris mariti;* mais en France les femmes ne ſont pas dans une dépendance ſervile; elles conſervent leur liberté de nature, & la dépendance où elles ſont, eſt purement de religion & du bon ordre civil.

Quelques-uns prétendent que cette déciſion ſouffre une exception, lorſque la femme a pris ſes meſures par ſon contrat de mariage, en ſtipulant une indemnité, & d'autres n'admettent aucune exception.

D'autres, au contraire, eſtiment que la femme ſéparée de biens, ou non commune, doit néceſſairement avoir ſon indemnité du jour du contrat de mariage, ou de la célébration.

La raiſon qu'ils en donnent, eſt que ſi la femme ne perd pas toute ſa liberté, ſi ſa dépendance n'eſt pas ſervile, les liens étroits qui ſont entre elle & ſon mari, l'obligent à bien des égards, & à faire bien des choſes qu'elle ne feroit pas, ſi elle étoit entiérement à elle. Cette identification matrimoniale eſt d'une grande force & d'une grande autorité ſur l'eſprit d'une femme; en ſorte que, ou elle a prévu le péril par une diſpoſition préciſe, & il paroît juſte de la ſecourir, & que ſes conventions ſoient exécutées; ou ſi elle ne l'a pas prévue, ſa dépendance parle pour elle.

Ceux de ce dernier avis admettent néanmoins une exception dans le cas où les biens du mari étant en diſcuſſion générale, par ſaiſie réelle, faillite, banqueroute, ou abandonnement à ſes créanciers, la femme viendroit à s'obliger : elle n'auroit, dans ce cas, hypotheque que du jour des obligations, & ce à cauſe du grand ſoupçon de fraude & de colluſion. Voyez les Mercuriales rapportées par Ricard, ſur Paris, *tit.* 5.

Ces principes préſuppoſés, quand la femme a été mariée dans des endroits où l'hypotheque légale, pour l'indemnité, remonte, ou recule, & que les biens y ſont ſitués, il ne peut y avoir de difficulté, qu'il faut inconteſtablement ſuivre la Juriſprudence du domicile matrimonial. C'eſt une Loi qui a droit de commander, & qui commande, tout à la fois, à la perſonne & aux biens.

Que ſi les biens ſont ſitués dans un lieu où la Juriſprudence eſt différente, je dis pour lors qu'il faut ſuivre la Juriſprudence du lieu de la ſituation, parce que s'agiſſant d'une hypotheque qui eſt un droit réel ſur des biens, c'eſt la Loi qui régit ces biens, qui peut ſeule donner ce droit.

Quand je parle ainſi, c'eſt pour le cas où la femme réclame en vertu de la Loi ſeule.

Ainſi la Loi du domicile matrimonial donne une hypotheque du jour de la célébration du mariage ; la Loi de la ſituation ne la donne que du jour de l'obligation de la femme : elle aura hypotheque dans le domicile, ſur les biens qui y ſont ſitués, du jour de la célébration du mariage, & elle ne l'aura dans le lieu de la ſituation, que du jour de l'obligation, parce que c'eſt la Loi ſeule de la ſituation qui donne ce droit.

C'eſt ainſi que l'Arrêt de Toulouſe, de 1636, a donné ſur les biens de Toulouſe, un privilege à la femme, que ne donnoit pas la Loi du mariage.

Mais s'il y avoit une convention d'indemnité portée par un contrat de mariage, en ce cas j'eſtime que, ſoit qu'on ſtipule à cet effet une hypotheque, ou qu'on n'en ſtipule pas, la femme ſéparée, ou non commune ſera indemniſée conformément à la convention, & dans la date de la convention, encore que la dette qui y donne lieu, ſoit bien poſtérieure, & cela par le droit des gens qui doit avoir lieu par-tout où la Loi ne contiendra pas une diſpoſition contraire prohibitive ; parce que dans ce dernier cas, ce ſeroit déranger toute l'économie d'une Coutume, & ce ſeroit ruiner des tiers-créanciers qui enviſagent les biens, & qui ſe fondent ſur la prohibition de la Coutume.

Voici, à cette occaſion, l'eſpece qui ſe préſenta en 1742. M. Piet du Pleſſis, mon Confrere, a bien voulu me communiquer le Mémoire qu'il fit en cette affaire, & qui eſt bien travaillé.

Léonard Borne & Marie Verrot contractent mariage à Lyon où ils demeuroient.

Marie Verrot fut dotée ; on régla l'augment, les habits & joyaux, & le don de ſurvie ; & pour ces objets, l'hypotheque fut ſtipulée par leur contrat de mariage paſſé le premier Septembre 1701 ; il ne fut point parlé d'indemnité de dettes.

Le 20 Mai 1721, le mari & la femme vendirent une premiere Terre.

Le 17 Octobre le mari en vendit ſeul une ſeconde.

Le 7 Novembre ſuivant il en vendit une troiſieme ſituée en la Coutume de Bar.

Le 12 Juin 1723, la femme fit une obligation avec ſon mari, de 72000 livres.

Le 28 du même mois ils en firent une ſeconde de 74850 liv.

En Janvier 1725, décès du mari. Il laiſſe ſa veuve & pluſieurs enfants, & 130754 livres en meubles, & 15000 livres de rentes en fonds, dont elle ſe mit en poſſeſſion.

La veuve avoit privilege ſur les meubles; mais pour ſe concilier les créanciers chirographaires, elle leur en laiſſa aller pour 109137 livres; & eux pour reconnoître ce ſervice, donnerent les mains à la liquidation de ſes conventions matrimoniales, fixées à 189920 livres, à quoi il faut ajouter 118500 liv. pour ſon indemnité du reſtant des deux obligations, pour leſquelles ſommes ils lui abandonnerent tous les fonds de la ſucceſſion.

La veuve prétendant n'être pas encore remplie, elle fit aſſigner en déclaration d'hypotheque, l'acquéreur de la ſeconde Terre à lui vendue par ſon mari.

Il ſe défendit, & fit voir qu'elle étoit payée de ſa dot; & à l'égard de ſes indemnités, il prétendit que l'hypotheque en étoit poſtérieure à ſon contrat. Il avoit acquis en 1721, & la veuve, lors femme, ne s'étoit obligée qu'en 1723.

La veuve vouloit faire remonter ſon hypotheque pour ſes indemnités, au jour de ſon contrat de mariage, encore qu'il n'y eût rien de convenu à cet égard; mais par Sentence de la Sénéchauſſée de Lyon, du 14 Juin 1737, elle fut déboutée de ſa demande, dont appel de ſa part qu'elle abandonna par la ſuite, & en paya les dépens.

Elle crut être plus heureuſe au Châtelet de Paris: elle forma une pareille demande en déclaration d'hypotheque, contre l'acquéreur de la troiſieme Terre: elle eut le même ſort qu'à Lyon: elle fut déboutée de ſa demande: elle ſe pourvut par appel en la Cour, où elle avança trois propoſitions.

La premiere, que la Juriſprudence de la Cour qui accorde à une femme l'hypotheque pour ſes indemnités, du jour de ſon contrat de mariage, eſt générale pour toute l'étendue du Parlement.

La ſeconde, que la Province du Lyonnois devoit par conſéquent ſuivre cette Juriſprudence.

La troiſieme, que quand le Pays de Droit écrit auroit des maximes contraires, il faudroit ſe décider par la Coutume de Bar, lieu où étoit ſituée la Terre en queſtion.

L'acquéreur avança trois propoſitions contraires.

La premiere, la Juriſprudence de la Cour n'eſt pas générale.

La ſeconde, à Lyon l'hypotheque pour l'indemnité de la femme, n'eſt acquiſe que du jour des obligations.

La troiſieme, quand la Coutume de Bar ſeroit en tout ſemblable à celle de Paris, ce ne ſeroit pas par ſes diſpoſitions qu'il faudroit décider de l'hypotheque pour l'indemnité de la femme.

Cette troiſieme propoſition étoit la plus importante; mais elle auroit pu être rédigée autrement, en expoſant que la Coutume de Bar, où la Terre vendue étoit ſituée, étoit favorable à l'acquéreur; & ſubſidiairement, ſeulement que quand elle le ſeroit à la femme, ce ne ſeroit pas cette Coutume qui devroit décider: propoſition ſubſidiaire bien ſérieuſe! Auſſi voit-on par la maniere dont l'acquéreur a établi ſa troiſieme propoſition, qu'il n'a pas négligé les avantages qu'il pouvoit tirer de la Coutume de Bar.

En effet on alléguoit de la part de la femme, que l'action hypothécaire étoit une action réelle; que par conſéquent il falloit ſuivre la Loi de la ſituation qu'elle prétendoit être pour elle.

L'acquéreur répondoit que cette action étoit mixte; qu'elle affectoit autant la perſonne que la choſe; que par conſéquent il falloit recourir à la Loi du domicile matrimonial; à quoi il ajoutoit que quand on accorderoit que l'hypotheque provenoit d'un Statut réel, la Coutume de Bar étoit encore pour lui. Cette Coutume rejette, par les Articles 83 & 84, le remploi des propres, quand il n'eſt pas ſtipulé par le contrat de mariage, ou auparavant la vendition des héritages, ou en paſſant icelle vendition, ou dans un mois après; d'où il concluoit que cette Coutume ne donnant pas de remploi des propres, quand on n'avoit pas ſatisfait aux conditions qu'elle exige, elle ne donnoit pas, à plus forte raiſon, d'indemnité des dettes ſans ſtipulation, & que c'étoit beaucoup accorder, que de donner une indemnité dans la date de l'obligation contractée.

Par l'Arrêt qui intervint ſur la conteſtation, le 24 Juillet

1742, en la Grand'Chambre, au rapport de M. de Champeron, la Sentence du Châtelet fut confirmée.

Il y avoit dans cette eſpece bien des moyens contre la veuve. Premiérement, elle avoit volontairement abandonné les meubles aux créanciers, pour ſe procurer une liquidation favorable de ſes droits au-delà de ce qu'elle pouvoit les pouſſer; ainſi elle avoit abandonné ſon privilege ſur les meubles par un eſprit de fraude.

2°. Elle avoit formé une pareille demande hypothécaire contre l'acquéreur d'une autre terre; elle en avoit été déboutée, & elle y avoit acquieſcé; enfin la Coutume de Bar paroît décider la queſtion contre la veuve : car ſi cette Coutume n'admet le remploi des propres que lorſqu'il eſt ſtipulé, l'hypotheque pour l'indemnité des dettes ne peut, à plus forte raiſon, remonter dans cette Coutume, ſans ſtipulation, plus haut qu'à la date des obligations, & il en étoit de même du Pays Lyonnois, qui étoit la Loi du mariage.

Ainſi la Loi du mariage & la Loi de la ſituation concourroient contre la veuve, à la même déciſion; en ſorte que l'Arrêt ne termine point un combat qui fut réellement entre la Coutume du mariage & la Coutume de la ſituation.

Maître Guy de la Combe rapporte cet Arrêt en ſon Recueil de Juriſprudence Civile, *pag.* 327, *de la ſeconde édition;* mais il n'étoit pas inſtruit de la véritable eſpece, & même il date mal l'Arrêt. Selon les Mémoires de Maître Piet du Pleſſis, il ne faut pas confondre le remploi des propres que les conjoints ſe doivent réciproquement, avec celui que les héritiers des propres ſont en droit dans la Coutume de Normandie, de demander aux héritiers des meubles & acquêts : à l'égard de ce remploi, il eſt entiérement fondé ſur la Coutume de Normandie qui régiſſoit le propre aliéné; & comme cette Coutume commande aux acquêts de fournir ce remploi, il n'y a pas de difficulté qu'elle ne peut commander qu'aux acquêts qui ſont ſitués dans l'étendue de ſon territoire; raiſon pour laquelle c'eſt une maxime dans cette Coutume, qu'il n'y a pas de remplacement de propre aliéné de Coutume à Coutume; c'eſt-à-dire, que les acquêts d'une autre Coutume, ne doivent pas le remplacement des propres aliénés, & ſitués en Normandie, & que réciproquement les propres aliénés à Paris, ne ſe remplacent pas ſur les acquêts de Normandie : ainſi un homme

me eſt domicilié en Normandie, il y avoit des propres qu'il a aliénés, il a fait des acquêts à Paris, le remplacement des propres aliénés en Normandie, ne ſe fera pas ſur les biens de Paris; mais s'il avoit acquis en Normandie, c'eſt pour lors que les héritiers qui auroient ſuccédé aux propres aliénés, en reprendroient le prix ſur les acquêts; de ſorte que l'héritier des acquêts n'auroit rien qu'après ce remplacement.

Si celui qui étoit domicilié à Paris, avoit vendu un propre de Paris, & qu'il eût acquis en Normandie, il n'y auroit pas encore de remplacement, parce que la Coutume de Paris n'en exige pas, & que la Coutume de Normandie n'en ordonne que pour les propres ſitués dans ſa Province: voyez Baſnage, *art.* 408 de la Coutume de Normandie, & M. Froland, *pag.* 1564 de ſes Mémoires ſur les Statuts.

Mais il y a dans la Coutume de Normandie deux ſortes de remplois, l'un ſur les conquêts vis-à-vis une veuve héritiere, & l'autre ſur les acquêts vis-à-vis les héritiers entre eux, ou un légataire univerſel, & c'eſt à cette occaſion que j'ai donné une Conſultation ſur l'eſpece ſuivante.

## *MÉMOIRE A CONSULTER.*

*Titius* épouſa en 1740, *Sempronia;* ils étoient l'un & l'autre domiciliés ſous la Coutume de Normandie, où ils ont toujours continué leur demeure.

Leur contrat de mariage fut fait, ſuivant l'uſage de Normandie; ce qui paroît principalement par le don mobile, fait par la future au futur époux au cas qu'il la ſurvive; le don mobile étant une ſtipulation ordinaire & particuliere à la Province de Normandie.

La plus grande partie des biens de *Titius* ſe trouvoit ſituée en Normandie; il y en avoit environ un tiers ſitué dans l'étendue du Bailliage d'Amiens.

*Titius*, pendant ſon mariage, a vendu ſept journaux, trois quartiers de terre, moyennant 2500 livres, & une maiſon pour le prix de 600 livres, qui lui étoient propres, & qui étoient régis par la Coutume du Bailliage d'Amiens.

Il eſt décédé, après avoir fait un teſtament conçu en ces termes. Je ſouſſigné..... reconnois par mon préſent Teſtament fait ſans induction de perſonne, faire *Sempronia*, mon

épouſe, ma légataire univerſelle aux charges de droit, & ce pour exécuter mes intentions & dernieres volontés que je lui ai déclarées, même de faire dire & acquitter pour mille livres de Meſſes pour le repos de mon ame & de celles de mes peres & meres & autres parents, le tout par forme de prélegs, ſuivant l'étendue du pouvoir que les Coutumes & uſages locaux de la ſituation de mes biens me donnent. Fait à Eu, le 23 Mars 1743, ſigné, &c. Ce legs univerſel comprend tous les meubles & effets & argent monnoyé délaiſſé par le défunt, & le quint des propres régis par la Coutume du Bailliage d'Amiens.

*Sempronia*, tant comme héritiere, que comme légataire univerſelle de ſon mari, a demandé contre les héritiers de ſon mari, la délivrance de tout le mobilier & du quint des propres; les héritiers ont conſenti à la délivrance du legs univerſel; mais ils ont conclu judiciairement contre la veuve, à ce qu'en ſa qualité d'héritiere & de légataire univerſelle du défunt, & au défaut de conquêts, elle fût condamnée au remploi des propres aliénés par ſon mari, dont l'action étant ouverte, ſous la Coutume de Normandie, où ſon mari étoit décédé & domicilié, étoit immobiliaire, ſuivant *l'art.* 409 de cette Coutume, & la Juriſpridence des Arrêts qui répute immobiliaire l'action en remploi de propres aliénés; par conſéquent que cette action ne pouvoit aucunement tomber dans le legs univerſel de *Sempronia*; outre que ce ſeroit renverſer toute l'économie du Droit coutumier dans ſes diſpoſitions touchant le remploi, pour empêcher l'avantage indirect entre conjoints, que de leur permettre de diſpoſer des actions de ce remploi au profit l'un de l'autre.

*Sempronia* s'eſt défendue de ce remploi par eux moyens: 1°. Parce qu'en Normandie il ne ſe fait point de remploi de Coutume à Coutume, ſuivant un Arrêt du mois de Mars 1620, cité par Baſnage, ſur *l'art.* 539 de la Coutume de Normandie; d'où elle conclut que les héritages aliénés étant ſitués ſous la Coutume du Bailliage d'Amiens, on n'en peut prétendre le remploi ſur des meubles & effets ſitués en Normandie, non plus que ſur des conquêts, s'il y en avoit.

2°. Que les héritiers de ſon mari invoquent inutilement le Droit commun introduit par les Arrêts de la Cour, qui ont établi le remploi de plein droit dans toutes les Coutumes qui n'en avoient point de diſpoſition, & réciproquement l'une ſur

l'autre, parce que ces Arrêts ayant été rendus dans des Coutumes de communauté à cauſe des grands avantages des femmes, ne peuvent avoir d'application à la Coutume de Normandie prohibitive de communauté pour aſſujettir une femme dans cette Coutume au remploi des propres aliénés, & qui étoient ſitués ſous une Coutume de communauté.

Les héritiers de *Titius* ont repliqué dans leurs contredits: 1°. que le remploi des propres entre conjoints, étoit une dépendance de droit appartenant à gens mariés, & qu'en le conſidérant comme tel, il ſe regle par la Coutume du domicile des contractants, au temps de leur mariage; que la Coutume de Normandie où *Titius* & *Sempronia* étoient domiciliés, & dont ils avoient ſpécialement adopté l'uſage par la ſtipulation d'un don mobile, établit textuellement le remploi des propres aliénés entre conjoints; que comme Statut perſonnel aux conjoints, elle devoit étendre ſa diſpoſition du remploi à tous leurs biens, en quelques Coutumes qu'ils fuſſent ſitués; de même que le Statut de communauté du domicile des conjoints, avoit été étendu par les Arrêts du Parlement de Paris, aux Coutumes mêmes prohibitives de communauté, nonobſtant *l'article* 330 de Normandie.

2°. Que dans l'eſpece propoſée au Conſeil, ce n'eſt point un remploi de Coutume à Coutume, puiſque le remploi a lieu dans la Coutume de Normandie, ainſi que dans la Coutume du Bailliage d'Amiens.

Que l'Arrêt cité par Baſnage, ne peut faire aucun préjugé, puiſque dans le temps qu'il a été rendu, le remploi légal n'etoit point encore en uſage dans le Bailliage d'Amiens, où il n'a été établi que par Arrêt de 1622, & que Baſnage dit lui-même que ſi le remploi eût été lors établi dans le Bailliage d'Amiens, on eût accordé le remploi à la veuve, parce que, dit-il, ce n'eût point été un remploi de Coutume à Coutume, les deux Coutumes, dans l'hypotheſe, admettant le remploi. Ce fut tellement le motif de l'Arrêt, qu'on débouta même cette veuve du remploi de ſes propres Picards, ſur la partie des propres de ſon mari, ſitués en Picardie; ce qui fait voir que cet Arrêt, bien loin d'être un préjugé contre les héritiers de *Titius*, ne peut aujourd'hui ſervir qu'à juſtifier leurs prétentions.

3°. Que c'eſt une mauvaiſe diſtinction pour exclure le remploi des propres Picards, ſur des meubles, ou des conquêts

Normands, que de dire que la Coutume de Normandie eſt prohibitive de communauté, & qu'on ne peut aſtreindre une femme dans cette Coutume, à remplacer des propres originaires d'un Pays de communauté. Il faudroit, pour établir un combat entre ces Coutumes, ſur la queſtion, que la Coutume de Normandie, prohibitive de communauté, fût auſſi prohibitive de remploi; au lieu que la Coutume de Normandie eſt expreſſément introductive du remploi. D'ailleurs le remploi légal n'eſt point fondé eſſentiellement ſur le droit de communauté; il eſt établi contre l'avantage indirect, qu'une Coutume prohibitive de communauté ſemble encore plus déteſter; & quoique les femmes, en Normandie, ne ſoient point communes, elles ne laiſſent point d'appréhender à titre d'héritieres de leurs maris, une part dans leurs meubles & conquêts; & ſi on les exemptoit du remploi des propres de leurs maris, elles profiteroient du prix de ces propres dans les meubles & les conquêts qu'elles recueilleroient, d'où naîtroit l'avantage indirect.

Le Conſeil ſouſſigné, qui a vu le Mémoire ci-deſſus, eſt d'avis que pour la déciſion de la queſtion, il faut diſtinguer les deux qualités de la veuve, celle d'héritiere de ſon mari, & celle de légataire univerſelle; c'eſt-à-dire, qu'il faut fixer ce qui doit lui appartenir comme héritiere, & ce qui doit lui appartenir comme légataire univerſelle.

Il ne faut pas confondre ces deux qualités: elles peuvent donner des droits différents, & ce n'eſt même qu'après avoir fixé ceux qui appartiennent à la veuve, comme héritiere, que l'on pourra déterminer l'étendue du legs univerſel, & en quoi il doit conſiſter.

Ainſi autre eſt le remploi vis-à-vis une veuve & héritiere, & autre eſt le remploi entre des héritiers, ou vis-à-vis d'un légataire. Ces deux remplois ont des principes différents; & en les confondant, on ne peut jamais parvenir à une juſte ſolution.

La veuve, conſidérée comme héritiere de ſon mari, ne peut prétendre en la Coutume de Normandie, que ce que cette Coutume accorde aux veuves en leur qualité d'héritieres, parce qu'il eſt de principe que la Loi du mariage, ſi les parties n'en ont valablement diſpoſé autrement, doit fixer les droits qu'ils peuvent acquérir vis-à-vis l'un de l'autre, par la ſeule diſpoſition de la Loi.

Ainſi les conjoints, dont eſt fait mention dans le Mémoire, étant, au jour de leur mariage, domiciliés en Normandie, & ayant continué d'y demeurer, n'ayant rien ſtipulé qui déroge valablement à cette Coutume, il n'eſt pas douteux que c'eſt la Coutume de Normandie qui doit régir & déterminer les droits attribués à la qualité d'héritiere que la femme prend dans la ſucceſſion de ſon mari.

Nous n'examinerons point ici ce que la veuve, en ſa qualité d'héritiere, peut prendre dans les acquiſitions que ſon mari auroit pu faire ailleurs, hors la Coutume; ſi elle peut porter cette qualité par-tout ailleurs, ou ſi elle eſt toute renfermée dans l'étendue de cette Coutume. C'eſt une queſtion importante, mais étangere au Mémoire, parce qu'il ne paroît pas que les conjoints aient fait des acquiſitions pendant le mariage, hors l'étendue de la Coutume de Normandie.

Il faut donc, pour l'examen des droits que la veuve peut prétendre en ſa qualité d'héritiere, ſe renfermer dans la ſeule Coutume de Normandie: c'eſt cette Coutume qui la fait héritiere, & la veuve ne peut rien avoir en cette qualité, que ce que lui donne cette Coutume. Dans la Coutume de Normandie les conjoints par mariage ne ſont, par *l'art.* 389, communs en biens, & la femme ne peut rien prétendre dans les acquiſitions du mari, qu'après la mort du mari.

Or, que lui donne-t-elle? Il eſt certain qu'elle ne lui donne part que dans ce qui eſt acquis, ou préſumé acquis, *ex communi collaboratione.*

Ainſi aux termes de la Coutume de Normandie, dès qu'on peut découvrir la ſource des acquiſitions que le mari a faites pendant le mariage, & que les acquiſitions ne viennent pas *ex communi collaboratione*, la femme ne prend part, comme héritiere, dans aucunes de ces acquiſitions.

C'eſt la raiſon pour laquelle la femme n'a point de part dans ce qui eſt donné à ſon mari, ſoit en directe, ſoit en collatérale, conſtant le mariage.

Elle n'a rien non plus dans les remplois provenus des propres du mari aliénés: car ces remplois ne ſont réputés conquêts, & il n'y a même de conquêts, qu'autant que le prix eſt remplacé, *art.* 408, & juſques au remploi, les deniers provenant de l'aliénation des propres, ne ſont cenſés meubles, mais immeubles, *art.* 409.

Cette Coutume n'eſt pas même fort favorable à la femme, & elle penche plutôt à diminuer ſes droits, qu'à les augmenter, ou même à les lui conſerver bien ſtrictement : car ſi le mari, pendant le mariage, décharge ſes héritages de dettes hypothécaires, ou foncieres, la femme n'a rien, comme héritiere, dans les deniers qui ont ſervi audit rachat, encore qu'il fût fait de deniers communs, *ex communi collaboratione*, & ce rachat n'influe que ſur ſon douaire, *art.* 396.

Or, il eſt certain que le mari a vendu, pendant ſon mariage, des fonds qui lui appartenoient à Amiens. Le prix en eſt fondu parmi les biens du mari. Ce prix ne vient pas, *ex communi collaboratione ;* il faut donc néceſſairement en faire une diſtraction ſur les acquiſitions du mari, pour régler, fixer & déterminer la part que la femme doit avoir comme héritiere de ſon mari.

Qu'on ne diſe pas que c'eſt une Juriſprudence dans la Coutume de Normandie, qu'il ne ſe fait pas de remploi de Coutume à Coutume : cela eſt vrai, & il eſt encore vrai que le remploi, ou la diſtraction ſur les acquiſitions du mari dont il s'agit, vis-à-vis la veuve, ne ſe fait pas en vertu de la Coutume d'Amiens qui n'a jamais régi les conquêts, mais en vertu de la Coutume de Normandie qui ne répute conquêts que ce qui vient, *ex communi collaboratione.*

Mais il y a dans la Coutume de Normandie, deux ſortes de remplois ; l'un ſur les conquêts, vis-à-vis la veuve ; & l'autre ſur les acquêts, vis-à-vis les héritiers des propres. La maxime, qu'il ne faut pas de remploi de Coutume à Coutume, a lieu dans le partage des biens entre héritiers du ſang ; l'héritier des acquêts en Normandie, ne doit pas, ſur ces acquêts, le remploi des propres de Paris aliénés, *& vice versâ ;* mais quand il s'agit de régler la portion que la femme doit avoir dans les conquêts, comme héritiere de ſon mari, il ſe fait un remploi ſur les acquiſitions faites pendant le mariage, des biens aliénés ſitués même ailleurs. 1°. Parce que la Coutume de Normandie qui regle la portion de la femme héritiere, le veut ainſi. 2°. Parce que ce remploi eſt conſéquent dans la Coutume de Normandie qui n'accorde à la femme part que dans ce qui eſt ſtrictement de commune collaboration.

Voyons préſentement ce que la veuve peut prétendre en ſa qualité de légataire univerſelle : ſi les propres ſitués en la Cou-

tume d'Amiens, & qui ont été vendus, étoient encore en nature, la femme pourroit, en vertu du teſtament de ſon mari, prétendre le quint de ces propres, & ne pourroit prétendre que ce quint; mais ils ont été vendus & convertis en deniers: dans ce dernier cas encore, ſi le domicile des conjoints eût été à Amiens, il y eût eu pareillement un remploi de ces propres ſur la communauté, ſuivant le témoignage de Dufreſne, ſur *l'article* 107 *de cette Coutume*, *n.* 4, & le mari n'eût pu diſpoſer au profit de ſa femme, que du quint, comme repréſentant un propre; autre choſe ſi les conjoints euſſent été domiciliés à Montdidier, où, par *l'art.* 111, les conjoints peuvent, par teſtament, diſpoſer entre eux de leurs meubles, comme entre étrangers, & par conſéquent des deniers de leur propre, ſuivant l'Arrêt de Gambard, du 29 Décembre 1739.

Mais les conjoints n'ont jamais été domiciliés à Amiens, ni ailleurs, hors la Coutume de Normandie, où ils ont été mariés, & où ils ont toujours eu leur domicile; par conſéquent le prix provenant des propres ſitués à Amiens, & aliénés, n'eſt plus à régler par la Coutume d'Amiens, qui ne régit point aujourd'hui les biens, & qui n'a jamais régi les perſonnes.

Ainſi la déciſion de la queſtion dépend de ſavoir comment on doit, dans la Coutume de Normandie, regarder le prix des propres ſitués ailleurs, & qui ont été aliénés, & ſi ce prix, dans la ſucceſſion du mari, eſt un meuble, ou un immeuble fictif, & ſi le mari pouvoit en diſpoſer par teſtament, au profit de ſa femme.

Si les biens aliénés avoient été ſitués en Normandie, il n'y auroit pas de doute que dans la ſucceſſion, l'action pour le remploi d'iceux, ſeroit réputée immobiliaire, pour appartenir aux héritiers des propres, contre celui qui, en cette Coutume, ſeroit l'héritier des acquêts, & à défaut d'acquêts, ſur les meubles, & que le mari n'en auroit pu diſpoſer autrement par teſtament, *art.* 427.

Mais les biens ſitués à Amiens, ayant été vendus, la Coutume d'Amiens ne peut plus, comme on vient de l'expoſer, régir ces deniers. La veuve ne les prend pas dans Amiens, mais dans la Coutume de Normandie.

Or, la Coutume de Normandie répute bien immobiliaire l'action de remploi des biens propres de Normandie vendus; mais le prix des biens ſitués ailleurs, & vendus, n'eſt pas ſujet

à remploi dans la Coutume de Normandie, au profit de l'héritier des propres, & il eſt, & doit par conſéquent être regardé comme un véritable meuble qui fait partie de la ſucceſſion du mari.

Voyons donc ce que le mari pouvoit léguer à ſa femme dans la Coutume de Normandie.

Cette Coutume ne permet pas au mari de léguer à ſa femme aucuns de ſes acquêts & conquêts immeubles, *art.* 422, ni de ſes propres, *art.* 427.

Quant aux meubles, elle ne lui permet d'en léguer que juſques à concurrence de la moitié de la valeur des héritages & biens immeubles qu'il poſſede lors de ſon décès, n'y ayant enfants, *art.* 429, & c'eſt ſur toutes ces diſpoſitions que les parties doivent s'arranger.

La veuve aura, comme héritiere, moitié dans les meubles, n'y ayant enfants, ſuivant *l'art.* 392, après que diſtinction aura été faite du prix des propres d'Amiens; & quant aux immeubles, ſa part eſt fixée par *l'art.* 329.

En ſa qualité de légataire univerſelle, elle ne peut prétendre que ce que lui donne *l'art.* 429, & le ſurplus de la ſucceſſion doit appartenir aux héritiers du ſang du mari, & le conſeil eſtime que les concluſions des héritiers doivent être dirigées ſur ce plan, ce qu'ils demanderont, en interprétant, en tant que beſoin ſeroit, l'acquieſcement à la délivrance du legs univerſel. Délibéré à Paris, ce 16 Juillet 1752.

Cette conſultation étoit diamétralement contraire à la prétention de celui pour qui l'on me conſultoit. J'ignore comment la partie adverſe s'eſt défendue; mais l'on a mandé que la Sentence intervenue au Comté d'Eu, en 1755, étoit en faveur de celui que je condamnois, je n'en ſais pas les ſuites.

Ce qui paroît avoir déterminé le Juge, c'eſt que par une précédente Sentence, les héritiers avoient conſenti au remploi demandé, & ce, par proviſion, dont le Juge leur avoit donné acte par la Sentence qui appointoit les parties ſur la demande dudit remploi.

*Du 4 Mars 1755.*

» Vu deux Requêtes à nous préſentées, la premiere par les » Directeurs des créanciers de Huet & Boucher, Marchands » Merciers à Paris, ci-devant en ſociété, & la deuxieme par » Marie-

» Marie-Marguerite le Moine, femme ſéparée, quant aux » biens, de Louis Boucher, Marchand Mercier à Paris, conte- » nant que par notre Sentence du 28 Mars 1741, ſur des pro- » ductions reſpectives des parties entre ladite femme Boucher, » ledit Boucher, ſon mari, & leſdits Directeurs de ſes créan- » ciers; ladite femme Boucher a été ſéparée de biens d'avec le- » dit Boucher, lequel a été condamné à lui payer la ſomme de » 12000 livres, qu'elle lui avoit apportée en dot, avec les inté- » rêts du jour de la demande, & ordonné qu'elle toucheroit » par privilege & préférence à tous créanciers, la ſomme de » 8000 livres, contenue en une premiere quittance, du 28 » Juillet 1733, étant enſuite de leur contrat de mariage, du » 2 dudit mois, juſqu'à concurrence de laquelle ſomme de » 8000 livres, l'Huiſſier qui avoit fait la vente des effets & mar- » chandiſes dudit Boucher, paieroit & vuideroit ſes mains en » celles de ladite femme Boucher, ſauf à elle à ſe pourvoir pour » les 4000 livres reſtants de ſa dot, ſon oppoſition tenante ès » mains de l'Huiſſier; que ſur l'appel interjetté par les Direc- » teurs de ladite Sentence, il eſt intervenu Arrêt en la deuxie- » me Chambre des Enquêtes du Parlement, le 2 Septembre » 1744, par lequel, avant faire droit, il a été ordonné qu'à la » Requête de la partie la plus diligente, il ſeroit rapporté acte » de notoriété du Châtelet, ſur la queſtion de ſavoir ſi la fem- » me d'un marchand a pour la repriſe de ſes deniers dotaux, » privilege & préférence aux autres créanciers de ſon mari, ſur » le prix provenant de ſes meubles & marchandiſes vendues en » Juſtice, lorſque le prix n'eſt pas ſuffiſant pour payer tous leſ- » dits créanciers, dans lequel acte de notoriété ſeroit fait men- » tion des Jugements rendus ſur cette queſtion, ſi aucuns y a, » & des motifs qui ont déterminé leſdits jugements, pour- » quoi nous requéroient de leur accorder ledit acte de noto- » riété.

» Vu auſſi ledit Arrêt, enſemble la minute de la Sentence, » dont eſt appel; & après avoir entendu les Avocats & Pro- » cureurs, & conféré avec les Juges & gens du Roi, nous cer- » tifions & atteſtons par acte de notoriété, que, quoique, ſui- » vant la diſpoſition des Loix Romaines, la femme eût un pri- » vilege ſur les effets mobiliers de ſon mari pour la répétition de » ſa dot, même de l'augment, cette maxime n'a lieu que dans » les Pays régis par le Droit écrit, & n'a point été admiſe dans

» les Pays coutumiers, du moins dans la Coutume de Paris, » qui contient une diſpoſition préciſément contraire à ce pri- » vilege, puiſque par l'Article 179, il eſt dit qu'en cas de dé- » confiture, chaque créancier vient à contribution ſur les biens » du débiteur, & qu'il n'y a pas de préférence, ou prérogatives » pour quelque cauſe que ce ſoit; cette diſpoſition générale & » préciſe ne doit recevoir d'exception que celle admiſe par la » même Coutume, & expliquée ès articles 171, 175, 176, » 177, 180, 182. Anciennement les Loix Romaines avoient » donné lieu à la prétention de quelque femme d'avoir un pri- » vilege ſur les effets mobiliers de leurs maris, & même par » d'anciens Arrêts, cette prétention a réuſſi devant quelques » premiers Juges; mais elle a toujours été réprimée par les dé- » ciſions du Parlement.

Les anciens Auteurs rapportent différents Arrêts du ſeizieme ſiecle, qui ont rejetté cette prétention : il y a apparence que la Juriſprudence a été tellement fixée à cet égard, que la queſtion n'a pas été agitée depuis cent cinquante ans : le procès ſur lequel eſt intervenue la Sentence, dont eſt appel, étant au Greffe de la Cour, l'on ne peut voir au Châtelet quelle étoit la queſtion à décider; mais par cette même Sentence, il ne paroît pas qu'il fût queſtion de ſavoir ſi la femme Boucher avoit un privilege pour ſa dot, en tant que dot : elle étoit de 12000 livres; ſon mari a été condamné au paiement de cette ſomme. Par cette Sentence, il eſt ordonné que ladite femme Boucher ſera payée par privilege & préférence de 8000 livres, faiſant partie de ſa dot; & pour les 4000 livres de ſurplus, on la renvoie à ſe pourvoir ainſi qu'il appartiendra. Si ce privilege eût été jugé à cauſe de la qualité de la femme, ou de la nature de ſa créance, il auroit été jugé pour la totalité de la dot; mais n'ayant été jugé que ſur des motifs particuliers, comme emploi juſtifié de deniers dotaux, priorité de ſaiſies, ou autre moyen qui pourroit militer en faveur d'un créancier étranger, auſſi-bien qu'en faveur de la femme.

La validité ou invalidité du privilege admis pour 8000 livres ſeulement, paroît faire l'objet de l'appel de la Sentence, & eſt par conſéquent ſoumiſe à la déciſion de la Cour. Il n'eſt pas étonnant que la femme Boucher ait obtenu le privilege qu'elle demandoit : les Directeurs des créanciers avouent dans un Mémoire imprimé qu'en cauſe principale, ils n'ont point con

teſté le privilege demandé; ils n'inſiſtoient que ſur un déclinatoire du renvoi qu'ils paroiſſent avoir abandonné en cauſe d'appel : ainſi la Sentence ne juge rien qui puiſſe faire préſumer que l'uſage du Châtelet ſoit d'accorder à la femme ſéparée, ou à la veuve aucun privilege ſur les effets mobiliers de leurs maris pour la reſtitution de leur dot, ou autre repriſe; & il eſt bien conſtant que dans la Coutume de Paris, lorſque les effets mobiliers du mari ne ſuffiſent pas pour le paiement de ſes dettes, la femme n'a pour la répétition de ſa dot & autres repriſes, même pour ſon préciput, quand il a lieu, aucun privilege, ni préférence; & elle ne peut être payée que par contribution avec les autres créanciers, à moins qu'elle n'ait quelque titre particulier pour établir un privilege, ce qui pourroit avoir lieu pour ce, en faveur d'un autre créancier : tel eſt l'uſage qui s'obſerve au Châtelet.

Arrêt du 15 Mai 1745, qui infirme & renvoie la femme Boucher à l'inſtance de contribution, pour y être payée comme les autres créanciers.

## OBSERVATION XXXI.

RODENBURGH traite, en finiſſant ce Chapitre, la queſtion de ſavoir par quelles Loix les Fiefs doivent être dirigés, ſoit par rapport au droit de ſuccéder, ſoit pour exercer les retraits, ou pour tout autre droit ſemblable; & il demande ſi ce ſera par la Loi du fief dominant, ou ſi ce ſera par la Loi du fief ſervant, & il dit que quelques-uns ont été d'avis qu'il falloit ſuivre les Loix du fief dominant; mais que l'avis commun eſt qu'il faut ſuivre les Loix du fief ſervant.

Ceux qui ſe ſont déterminés pour les Loix du fief dominant, ont allégué pour principe général, qu'à la vérité, quand le titre paroiſſoit, il falloit ſuivre les Loix de la conceſſion & de l'inféodation; mais que quand le titre d'inféodation ne paroiſſoit pas, ou que paroiſſant, il n'y avoit rien de déterminé, il falloit recourir aux Loix qui s'obſervoient dans le lieu dominant, parce que le Seigneur qui a fait la conceſſion, eſt préſumé s'être référé à ces Loix: ils font, néanmoins, pour ce dernier cas, une exception par rapport au retrait féodal, pour raiſon de quoi ils eſtiment qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation.

Notre Auteur à ſon égard adopte le principe général, & convient qu'il faut ſuivre la Loi de l'inveſtiture premiere & primordiale, quand elle exiſte, parce que l'on ne ſauroit douter que le Seigneur qui aliene & qui inveſtit, eſt en droit d'impoſer à la choſe telles conditions, & de mettre entre les ſucceſſions, tel ordre de ſuccéder que bon lui ſemble; mais quand les titres de l'inveſtiture ne paroiſſent pas, il eſtime pour lors que c'eſt aux Loix de la ſituation du fief ſervant qu'il faut avoir recours, les parties n'étant pas préſumées y avoir voulu déroger, & ces Loix étant celles qui dirigeoient l'héritage avant que d'être élevé à la dignité de fief.

Il eſt vrai (c'eſt toujours notre Auteur qui parle) que quant aux conteſtations qui s'élevent par rapport aux fiefs, l'uſage eſt de les traiter dans la Juriſdiction du Seigneur dominant, auquel cas il faut obſerver la procédure qui a lieu dans la Juriſdiction de ce Seigneur, & la raiſon en eſt ſenſible. Selon lui, le Seigneur ayant Juriſdiction, on ne peut pas douter que le

vaſſal ne s'y ſoit ſoumis, & cela étant, il n'eſt pas ſurprenant que procédant judiciairement, on obſerve la procédure de la Juriſdiction où l'on procede.

Voici ſur cette queſtion ce qui eſt d'uſage dans nos mœurs. Il n'y a point de difficulté d'abord que ſi le titre d'inféodation ou de conceſſion exiſte, il faut néceſſairement ſe conformer à ce titre, parce que la maxime en cette matiere eſt que *à primordio, tituli omnis formatur eventus :* c'eſt la diſpoſition de l'Arrêt du 7 Mars 1692, rapporté au Journal du Palais, *tom.* 2 : voyez Molin, *in epit. tit. primi de feudis, n.* 111.

En effet un homme qui donne, ou qui concede à titre de fief, ou de cenſive, peut impoſer telles clauſes ou conditions que bon lui ſemble : il fait la Loi à la choſe qui ſort de ſes mains, & cette Loi doit être exécutée tant qu'elle n'eſt point contre les bonnes mœurs, ni contre une Loi prohibitive négative.

C'eſt en partie de ce pouvoir primordial qu'ont tous les hommes qui alienent, d'impoſer lors des aliénations, telles clauſes & conditions que bon leur ſemble, & de l'uſage que les Seigneurs ont fait de ce pouvoir, que ſont nées toutes ces Coutumes ſi différentes ſur les fiefs, ces excluſions des filles par les mâles, ces prérogatives accordées aux aînées, ces différents droits dûs dans les mutations.

Dans une ſeule & même étendue de Pays, les différents Seigneurs de fiefs peuvent donc avoir aliéné ſous différentes conventions : un même Seigneur pourroit encore avoir fait différentes conceſſions, & les avoir faites ſous des charges toutes différentes : quand les titres paroiſſent, toute raiſon ceſſe, & il faut déférer aux titres repréſentés. *Tenor inveſtituræ ſemper inſpiciendus eſt, quoniam diverſificat naturas feudorum, & ſemper inſpiciendus eſt;* Chaſſeneuz, *in feudis pacta ſunt ſervanda, etiamſi ſint contra naturam feudi.*

Ainſi il ne ſauroit y avoir de difficulté, lorſque le titre primordial eſt repréſenté ; c'eſt encore la déciſion de M^e^ Ch. du Molin, §. 3, *gl.* 4, *n.* 5, *attendenda eſt primordialis forma, & origo feudorum qualis fuit in eorum conſtitutione, quod eſt æquiſſimum, & omni juri, & rationi conſonum.*

Mais lorſque le titre primordial étant repréſenté, il paroît une conceſſion ſimple, ſans déterminer autrement les Loix de l'inféodation, ou même quand ce titre n'eſt pas repréſenté, on

prétend communément que dans ce cas il faut ſuivre les Loix du fief ſervant; c'eſt l'avis de notre Auteur, qui eſt pareillement adopté par Me Ch. du Molin, §. 33, *n.* 86 de la Coutume de Paris. *Eo ipſo quod ſimpliciter eſt relictum vel conceſſum in feudum, non determinatâ formâ oneris, inſunt tacite onera conſueta ſecundùm modum, & formam conſuetam à qua omnis actus informatur, & declarationem recipit, nedum in contractibus, ſed etiam in ultimis voluntatibus; ſed emergit quæſtio incidens cujus loci conſuetudo inſpiciatur, an loci teſtamenti, contractûs, vel loci dominantis, an vero loci ſervientis, & omnino dicendum inſpiciendam conſuetudinem loci ſervientis, ſeu rei quæ conceditur,* & au §. 12, n. 57, voici comme il parle: *Ex prædictis concluditur dominos cenſuales, & idem de feudalibus, non habere intentionem fundatam in aliquibus laudamiis, aut releviis, niſi quatenus conſuetudinibus locorum cavetur, aut titulo, vel jure particulari probatur, & quemadmodum in feudo, ita & in cenſu loci ſervientis conſuetudo attenditur,* §. 76, n. 11. *Confirmo, quia non petuntur, nec debentur in vim contractûs, aut pacti inveſtituræ, quia tunc ſolus tenor inveſtituræ attendi deberet, ſed petuntur in vim conſuetudinis, ergo neceſſario in vim conſuetudinis loci ſervientis, cùm hæc jura ſint onera realia ipſius fundi ſervientis,* n. 37.

Me Ch. du Molin a confirmé cette déciſion par une note ſur Chaſſéneuz. Voici ce que dit Chaſſéneuz. *Diverſæ ſunt naturæ feudorum in Burgundia & in Comitatu Nivernenſi, quia ex alienatione feudorum exiſtentium in Burgundia, non debentur laudimia, nec aliquod commodum percipit Dominus feudi: in Comitatu verò Nivernenſi dictus Dominus percipit aliquod jus quod dicitur quintus denarius & requintus, nunc evenit caſus quod ſunt plures res feudales in Burgundia, ratione quarum debetur feudum Dominis exiſtentibus in Comitatu Nivernenſi, & ratione terrarum ibi exiſtentium. An hoc caſu debeat conſiderari natura feudi exiſtentis in Burgundia, an verò natura rei à qua dependet? Ego ſemper tenui, & conſului in caſu emergenti quod attenditur natura feudi exiſtentis in Burgundia, & non natura feudi à quo dependet, quia leges, ſtatuta & conſuetudines Nivernenſes non poſſunt ligare rem exiſtentem in Burgundia, quia extra territorium jus dicenti non paretur,* rub. 3 des Fiefs, §. 7, *in textu*, ſelon la nature d'icelui; & voici la Note de Me Ch. du Molin, *& placet, & ſic quoad ipſum fundum ſervientem, inſpicitur conſuetudo loci ſervientis.*

La Coutume de Poitou, en *l'art.* 21, porte qu'en contrat de vente d'héritage, le Seigneur foncier a droit de prendre les ventes qui ſont le ſixieme du prix de la vente, & droit de retirer par retrait féodal. Me Ch. du Molin reſtreint cette diſpoſition aux biens ſitués en Poitou, *quia*, dit-il, *inſpicitur conſuetudo loci ſervientis, ut dixi, in conſuetudine Pariſienſi*, §. 7, *in fine, & ſecundùm opinionem, in eam Dominus* Doyneau *judicavit Pictavis, anno* 1583, touchant la Baronnie d'Angle.

Il y a ſur cette matiere une diſtinction qui eſt fondée en principes. On diſtingue entre les Droits honorifiques dûs au Fief dominant, comme la foi & hommage, & les autres droits réels dûs par le Fief ſervant.

A l'égard des Droits honorifiques, comme ces devoirs ſont à rendre au lieu où le Fief dominant eſt ſitué, nos Auteurs ſoutiennent qu'en acquittant ces devoirs, il faut obſerver les regles preſcrites par la Loi du Fief dominant, & cette premiere déciſion eſt conforme aux principes, qui veulent qu'à l'égard des formalités des actes, on obſerve celles qui ſe ſuivent dans les lieux où les actes ſe paſſent. Remarquez bien que je ne parle que des formalités de la foi, dans les cas où il eſt néceſſaire de la rendre; mais pour déterminer quand la foi eſt dûe, quand & comment les autres droits ſont dûs, pour lors c'eſt la Loi de la ſituation du Fief ſervant qu'il faut obſerver.

En effet, la foi & hommage en elle-même, & les autres droits dûs à raiſon des Fiefs, ſont, à parler ſtrictement, les uns & les autres des Droits réels qui s'acquittent, à la vérité, par la perſonne, mais qui ne ſont dûs qu'à raiſon des Fiefs. *Onera feudalia magis ſunt realia quàm perſonalia, & licet perſona obligetur, hoc eſt in conſequentiam, & ratione rei.* Du Molin, §. 33, *n.* 156.

Il eſt vrai que ces Droits doivent s'offrir non-ſeulement à la perſonne, mais encore *in ipſo loco dominanti*; d'où on pourroit conclure que, *inſpicienda eſt conſuetudo loci ubi ejuſmodi oblatio debita eſt, & fieri debet*; mais à cela Me Ch. du Molin répond *quod hoc procedere poteſt in his quæ reſpiciunt ſolemnitatem actûs gerendi, non autem in his quæ deciſionem, vel meritum concernunt*, §. 76, *n.* 36.

M. Guyot, dans ſon Traité des Fiefs, *tom.* 5, *ch.* 4, agite la queſtion de ſavoir quelle Coutume il faut ſuivre pour la forme, la préſentation, la réception, les blâmes d'un aveu. Il

demande s'il faut ſuivre la Coutume du Fief ſervant, ou celle du Fief dominant, & il décide que l'aveu & le dénombrement doivent être fournis & préſentés, blâmés, ou reçus ſuivant la Coutume du Fief dominant, parce que :

1°. C'eſt un devoir perſonnel, & perſonnellement dû au Seigneur, un devoir de vaſſal, & non un droit appréciable, ni un profit de Fief.

2°. Toutes les Coutumes s'accordent à dire qu'il doit être préſenté au Seigneur, ou aux Officiers de ſa Juſtice, ou au Manoir dominant.

3°. Le Droit commun veut que le vaſſal aille requérir les blâmes, s'il y en a.

4°. Que ces actes ſont plus que d'adminiſtration, tellement que ſi le Seigneur tient le Fief ſervant ſaiſi faute d'homme, & ſe fait rendre les aveux par les arrieres vaſſaux, il doit, s'il donne main levée, fournir au vaſſal les aveux qui lui ont été rendus ; que conſéquemment cela doit ſe faire ſuivant la Coutume du Fief dominant, qui ſeule regle les droits perſonnels purement dominiaux, vénérantiels & honorifiques, tels que la foi & le dénombrement.

Le mérite de défunt M. Guyot eſt aſſez connu par ſon Ouvrage même ; mais à l'égard de la queſtion particuliere que nous agitons ici après lui, comme elle dépend de la ſcience des queſtions mixtes auxquelles il ne peut pas s'être également appliqué, il n'eſt pas ſurprenant que ſa déciſion ne ſoit pas auſſi ſolide que toutes les autres qu'il nous a données ſur les Fiefs.

J'eſtime d'abord qu'il ne faut pas confondre la forme, la préſentation, la réception, ou le blâme de l'aveu & dénombrement.

1°. L'aveu & dénombrement ſe rédige dans le lieu du Fief ſervant, ſur les anciens dénombrements qui ſont ès mains du vaſſal, & préſumés être dans le lieu même de ſon Fief. C'eſt là où l'aveu & dénombrement ſont ordinairement rédigés. C'eſt la Loi du Fief ſervant qui l'oblige à cette rédaction, & qui lui en indique & preſcrit la forme, & par conſéquent c'eſt cette Loi qu'il faut ſuivre pour la forme.

2°. Quant à la préſentation de l'aveu & dénombrement, j'embraſſe volontiers l'avis de M. Guyot : elle doit ſe faire au principal Manoir, comme la foi ; & ſi cette préſentation dans le lieu du Fief dominant, avoit des formalités qui fuſſent différentes

férentes de celles du Fief ſervant, je ſuis perſuadé qu'il faudroit obſerver celles du Fief dominant.

3°. La réception & les blâmes de l'aveu & dénombrement ont plus de difficulté : c'eſt au vaſſal à aller requérir l'un, ou l'autre, & c'eſt au Seigneur à recevoir, ou à blâmer; ainſi le vaſſal & le Seigneur ſont agents tous deux ; l'un requiert, l'autre reçoit, ou blâme ; mais comme le vaſſal qui requiert, le fait de l'autorité & de l'ordonnance de ſa Coutume à laquelle il ne peut ſe ſouſtraire, & à laquelle il déſobéit, quand il ne requiert pas dans les temps, & de la maniere qu'elle l'ordonne, j'eſtime que le Seigneur dominant doit ſe conformer à la Loi du vaſſal, pour recevoir, ou pour blâmer dans les temps marqués par la Loi du Fief ſervant, ſauf à employer la forme de la réception, ou du blâme, preſcrite dans le lieu du chef dominant.

C'eſt par la raiſon de la réalité, que les amendes qui peuvent être dûes, faute d'avoir notifié au Seigneur les contrats d'acquiſition dans le temps marqué par la Coutume, ſe reglent par la Coutume de la ſituation. C'eſt encore la déciſion de M^e. Ch. du Molin, §. 77, *gl.* 1, *n.* 22, *dummodo fundus ſit ſub eis ſitus, locum habent* (*conſuetudines*) *ubicumque fiat proceſſus & decretum ſubhaſtationum, ut ſæpe dixi coram præfectis libellorum ſupplicum palatii, vel in ipſo ſenatu ; deciſionem enim concernunt.*

Nous avons quelques Coutumes qui ont des diſpoſitions préciſes ſur toutes ces queſtions générales. Péronne, *art.* 81 ; Mantes, *art.* 224; Rheims, *art.* 138; Vermandois, *art.* 224; ſur quoi M^e Ch. du Molin a dit, *hoc generale in toto regno, & mea perpetua ſententia*, & nous ſuivons en cela la Clémentine 1^re. *de reſcriptis*. Voyez Brodeau ſur Louet, *Lett. F, n.* 19; Pontanus ſur Blois, *art* 5, *de feudis in proemio ;* la Thaumaſſiere, en ſes Déciſions, *liv.* 2, *ch.* 2; & l'Arrêt de 1537, rapporté par du Luc, *liv.* 7, *tit.* 4, *ch.* 1.

M. Loyſel en a fait une maxime dans ſes Inſtituts Coutumiers, *art.* 43 *des Fiefs*. Les droits dûs par le vaſſal à ſon Seigneur, ſe paient ſelon la Coutume du Fief ſervant ; mais la foi & hommage doivent ſe faire en la forme du Fief dominant. Voyez de l'Hommeau, en ſes Maximes, *liv.* 2, *max.* 36, & principalement la ſavante Diſſertation de M. le P. Bouhier, *ch.* 29, *n.* 6 : ce Magiſtrat ne laiſſe rien à déſirer ſur la queſtion.

Dans la Flandre Flamande, il en eſt autrement : la Mou-

vance regle le Fief ſervant en ſucceſſion, diſpoſition, droits honoraires, ou utiles, actifs, ou paſſifs; en un mot, en tout & par-tout. Maillard, ſur Artois, *art.* 94, *n.* 27, *nov. edit.*

Il eſt des Coutumes, où pour la vente d'un fonds en uſufruit au-delà de dix années, ou même pour la vente d'un fonds à vie de l'Acquéreur, il eſt dû des Droits Seigneuriaux; Bretagne, Vermandois, Châlons; & il en eſt d'autres où il n'en eſt pas dû, *Salvâ fraude*, y eût-il même deniers d'entrée, & dans ces cas on ſuit la Loi de la ſituation. C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 5 Septembre 1710, contre les Marguilliers de Notre-Dame de la Cathédrale de Paris, comme Seigneurs du Fief des Tombes, ſitués en la Coutume de Paris. Il n'eſt donc pas douteux que, ſelon que le bien fonds ſe trouvera ſitué dans une Coutume plutôt que dans une autre, il ſera dû, ou non, des Droits, ſans avoir égard à la ſituation du fief dominant.

On a demandé à l'occaſion des ventes d'uſufruit, ſi un Engagiſte d'un Domaine du Roi, qui certainement n'eſt pas propriétaire, vendant quelques portions du Domaine qu'il tient par engagement, il étoit dû des Droits au Roi pour raiſon de cette vendition. Il eſt certain qu'il ne ſauroit transférer aucune propriété, puiſqu'il n'en a pas lui-même : ce n'eſt donc que le droit de jouir utilement de la choſe qu'il vend, & ce droit même peut être à chaque inſtant anéanti, ſi le Roi juge à propos de rentrer dans la choſe engagée.

Cette queſtion a fait néanmoins en 1685, l'objet d'une conteſtation ſérieuſe & vivement pourſuivie, & elle a été décidée contre les droits, par Arrêt du Conſeil d'Etat : quatre des plus grands Conſultants de ce temps-là donnerent leurs conſultations ſéparément; ſavoir, MM. de l'Hommeau, Commeau, Billard & Laſnon. On trouvera à la fin de cette note ces Conſultations & l'Arrêt du Conſeil.

On me permettra d'ajouter ici un Arrêt récent, rendu en matiere de Droits Seigneuriaux.

Jean Rollet, Taillandier, à Verſailles & ſa femme n'ayant point d'enfants, firent une donation univerſelle à Jeanne Rollet, leur ſœur & belle-ſœur, & dans cette donation étoient compriſes deux maiſons ſiſes à Verſailles.

Le donataire eſt chargé de payer, après le décès du dernier mourant, une rente de 300 livres, à Nicolas Rollet, ſon frere; une rente de 200 livres, à Perrette Rollet, ſa ſœur; plus aux

pauvres de l'Hôpital de Verſailles, une ſomme de 500 livres, & de faire inhumer le dernier mourant des donateurs.

Jeanne Rollet, donataire, fit à ſon tour une donation univerſelle à Etienne Rollet, ſon neveu, fils de Nicolas, qui s'obligea d'exécuter les charges de la premiere donation; plus il eſt chargé de faire 125 livres de rente à chacune de ſes ſœurs, & 100 livres de rente à deux petits-neveux, auſſi de la premiere donatrice.

Touſſaint Girard, Fermier des Droits de lods & ventes des Domaines de Verſailles, prétendit des Droits de lods & ventes de ces deux donations qu'il diſoit être onéreuſes.

M. Malarme, Avocat, pour Jeanne & Etienne Rollet, ſoutint qu'il n'en étoit pas dû : ces donations étoient une ſorte de partage; les charges impoſées ne tournoient pas au bénéfice & à l'utilité des donateurs. Voyez d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 4.

Sentence du Bailli de Verſailles, du 9 Mai 1743, qui décharge Jeanne Rollet du paiement des Droits, pour raiſon des rentes données à Nicolas & Perrette Rollet; mais qui la condamne à en payer pour les 500 livres, donnés aux pauvres de l'Hôpital de Verſailles.

Autre Sentence du même jour. Etienne Rollet eſt déchargé des Droits, pour raiſon des rentes de 125 livres, données aux nieces de la donatrice; mais il eſt condamné à en payer pour la rente de 300 livres donnée à Nicolas Rollet, ſon pere, & pour celles de 100 livres donnée aux deux petits-neveux.

Appel reſpectif : Arrêt du 19 Mars 1746, au rapport de M. le Mée, qui ſur l'appel de Jeanne & Etienne Rollet, mit l'appellation, & ce au néant, émandant déhargé des condamnations : ſur l'appel de Touſſaint Girard, l'appellation au néant avec amende & dépens.

Le Grand ſur la Coutume de Troyes, *art.* 18, *n.* 3, 4, 5, & de Ferriere, après lui ſur *l'art.* 1 de Paris, eſtiment que ſi le fief ſervant eſt ſitué dans une Coutume qui n'exige que l'âge de quatorze ans pour faire la Loi & hommage, & que le fief dominant ſoit ſitué dans une Coutume où il en faut vingt, le Vaſſal âgé de quatorze ans, & qui n'en a pas encore vingt, quoique domicilié dans la Coutume du fief ſervant, ne pourra pas porter au Seigneur dominant, la foi & hommage de ſon Fief ſervant; en ſorte que, dit le Grand, la maxime ordinaire qui détermine la majorité par la Loi du domicile, manque en

cette occasion; & la raison qu'il en rend, est que l'hommage est dû à la personne du Seigneur dominant; que c'est au principal Manoir de son Fief que la foi doit être rendue; que par conséquent il faut se régler par la Loi du lieu où est situé ce Fief dominant, pour déterminer l'âge auquel il faut faire la foi.

Mais je ne vois pas comment cet avis peut être défendu. En effet, il faut distinguer entre les formalités de la foi & la capacité du vassal pour la faire. Il est vrai que la foi devant se faire au principal Manoir du Fief dominant, cet acte qui doit être rendu avec quelques formalités, est assujetti, comme tous les autres actes, à celles du lieu où l'acte se passe; mais le vassal, avant que de se transporter pour cet acte, est déja capable de le faire, & c'est de la situation de son Fief qu'il reçoit cette capacité. C'est le Fief servant qui demande que celui qui en est propriétaire, l'acquitte de la foi qu'il doit. C'est ainsi qu'en fait d'action hypothécaire, l'héritage chargé d'hypotheques a droit de se défendre, & de proposer, par la bouche du détenteur, la prescription qui le conserve entre ses mains.

C'est pourquoi le domicile même du vassal me paroît indifférent, parce que cette capacité est toute réelle & toute bornée à cet acte. En vain le domicile donneroit la capacité, si la Loi du Fief servant la refusoit.

C'est donc une regle générale, que pour les Droits féodaux, utiles & profitables, il faut suivre la Loi de la situation du Fief servant.

C'est ainsi que par la Déclaration du Roi, du 21 Novembre 1724, registrée au Parlement le 27 Janvier 1725, le Droit d'indemnité doit être réglé sur le pied fixé par les Coutumes & usages des lieux; ce qui ne peut s'entendre que des lieux de la situation.

Cette regle souffre-t-elle une exception dans les Marches communes d'Anjou & de Poitou? Voyez Livonniere, *en son Traité des Marches*, à la fin de la derniere édition du Commentaire de la Coutume d'Anjou de M. du Pineau.

Le Grand, *loco cit. n.* 7, dit que s'il est question de succéder au Fief dominant, duquel fussent dépendants plusieurs Fiefs assis en d'autres Coutumes, en ce cas, on ne considérera pas, pour faire le partage, la Coutume du lieu où les Fiefs servants sont assis, mais seulement la Coutume du lieu où est assis le

Fief dominant, comme n'étant le Fief dominant, avec les Fiefs ſervants, qu'un même corps qui ne doit point être jugé diverſement. *Ne à capite membra diſcedant, quod non decet, cap. non decet, diſt.* 1. Buridan dit la même choſe ſur l'Article 224 de la Coutume de Rheims.

La Peyrere, en ſes Déciſions, *Lett. C, n.* 136, prétend que l'union des Seigneuries, ou poſſeſſions de diverſes Coutumes, à un ſeul hommage & Château avec titre de Duché, Comté, & autre, n'empêche pas que les Seigneuries & poſſeſſions unies ne ſoient toujours régies ſuivant leurs anciennes Coutumes, & il renvoie à Chopin, ſur Anjou, *lib.* 1, *cap.* 46, *n.* 5, dont voici les paroles. *Novi certe Comitatus appendices, & acceſſiones prædiariæ quæ alieno in territorio jacent, priſcâ ſuâ lege reguntur, ex eaque hæreditatis partes cohæredibus adſignant; etſi Comitatus pars præcipua, titulus, caputque alibi ſitum, diverſo utatur erciſcundæ familiæ ritu.*

Mais comme les grandes Seigneuries ſont impartables, il faut, pour ſatisfaire aux différentes Coutumes, indemniſer en deniers, à proportion de ce que la ſituation exige. Voyez ſur ce, le Commentaire de M. Bouhier, *ch.* 40, *n.* 35, *& ch.* 47, *n.* 33.

Par la Coutume du Maine, *art.* 240, il n'y a qu'un préciput en Fief dans une même ſucceſſion de pere, ou de mere, dont les biens ſont ſitués ès Provinces d'Anjou & du Maine.

M. Perchambaut, en ſon Inſtitution, *art.* 529, en donne cette raiſon, que tous les biens, quelque part qu'ils ſoient, ne font qu'une ſucceſſion, & qu'il n'y a qu'un préciput dans chaque, le préciput n'étant que pour donner un logement à l'aîné, ſans qu'il importe où il ſoit ſitué.

Brodeau, en ſa petite Coutume ſur cet Article, dit que ſi la ſucceſſion eſt répandue en différentes Coutumes où il y a préciput, l'aîné en aura autant qu'il y aura de Provinces où les héritages ſeront ſitués; ce qu'il faut entendre d'héritages ſitués hors les Provinces du Maine & d'Anjou : car s'ils y étoient ſitués, il ne pourroit pas prendre un préciput au Maine, & dans toute l'étendue de cette Province, & en prendre encore un autre en Anjou, ou dans aucun Bailliage de cette Province; mais il pourroit prendre un préciput au Maine, & en prendre encore un dans toute autre Province que l'Anjou, la diſpoſition réelle du Maine ſe bornant à ces deux Provinces.

C'eſt pareillement l'avis de Me Ch. du Molin. Cet Auteur, ſur l'Article 223 de la Coutume d'Anjou, en commentant ces termes, *ſur les choſes aſſiſes en divers Bailliages & Sénéchauſſées*, a mis cette Note, *id eſt in diverſis & diſtinctis Provinciis; non autem in eadem Provincia, in ſingulis localibus ſedibus, ſeu præfecturis ejuſdem Provinciæ, quod eſſet nimis durum, nec eſt de mente conſuetudinis.* Mais Pocquet de Livonniere, en ſon Traité des Fiefs, *liv. 6, chap. 12, pag. 650*, n'eſt pas de cet avis, & il eſtime que s'il y a des biens ſitués dans les Sénéchauſſées d'Angers, de Baugé, de Saumur, de Beaufort, l'aîné aura un préciput en chacune de ces Sénéchauſſées, & cet avis a bien ſes raiſons. Ces droits de préciput ſont des droits réels & dépendants entiérement de la ſituation; mais celui de Me Ch. du Molin eſt plus dans la nature, & moins onéreux aux puînés.

M. le P. Bouhier propoſe, *ch. 26, n. 220*, la queſtion ſuivante. Par l'Article 19 de notre Coutume, dit-il, le Fief eſt ſujet à commiſe, ſi celui qui l'a acheté, en a pris la poſſeſſion réelle avant que d'avoir fait l'hommage au Seigneur. Suppoſons que le Fief dominant & le Fief ſervant ſoient tous deux ſitués en Bourgogne, & que quelque portion du Fief ſervant ſoit aſſiſe dans une Coutume où la commiſe n'ait pas lieu en ce cas; ſuppoſons encore que la commiſe de ce Fief ait été déclarée, pour cette raiſon, au profit du Seigneur dominant: aura-t-il droit de prétendre en conſéquence la portion qui ſe trouve dans une autre Coutume?

M. le P. Bouhier ne doute pas qu'il ne ſe trouve des avis pour la négative, tant à cauſe de la maxime de la réalité des Statuts, que parce que ce droit de commiſe n'eſt pas favorable, & doit être reſtreint dans ſon territoire.

Cependant il ſe détermine pour l'avis contraire, fondé ſur la Loi impoſée anciennement dans la conceſſion des Fiefs de Bourgogne; parce qu'il ſeroit extraordinaire qu'une faute qui regarde la totalité du Fief, ne fût punie que par la perte d'une partie, cette perte étant un acceſſoire du Fief.

Il eſt vrai que la Loi de la commiſe eſt réelle; c'eſt-à-dire, qu'elle n'a pas lieu dans les Coutumes qui ne l'admettent pas, mais dans celles qui l'admettent: elle eſt fondée en convention, & s'étend cette convention ſur la totalité du Fief.

Si l'on pouvoit être certain que lors de la conceſſion du Fief,

on n'a pas diſtingué les différentes portions des terres ſituées dans les différentes Coutumes, & qu'on a au contraire voulu aſſujettir ces différentes portions à la Loi où le gros du Fief étoit ſitué, l'avis de M. Bouhier ſeroit ſans difficulté ; mais on ne peut tout au plus que conjecturer & raiſonner par préſomption ; mais ces conjectures & ces préſomptions l'emporteront-elles ſur une Loi préciſe, & qui eſt celle où le terrein eſt réellement ſitué ?

Si on admet le ſentiment de M. le Préſident Bouhier, pour le cas de la commiſe, il faudra de même l'admettre pour le partage; la totalité du Fief ſera partagée ſelon la Coutume de Bourgogne ; dans les mutations il ne faudra payer que les mêmes droits, & cela répugne bien à la réalité.

Cependant ſi par les partages & les différentes mutations, il paroiſſoit que le Fief n'eût été réglé que par une ſeule Coutume, je conviens que, dans ce cas, il ſeroit difficile de ne pas adopter l'avis de M. le P. Bouhier, parce que dès-lors on n'agiroit pas par ſimple conjecture & par préſomption, mais par des preuves tirées de la maniere dont les vaſſaux eux-mêmes avoient regardé leurs Fiefs.

On ne ſera pas fâché, en parlant des Fiefs, de trouver ici l'Enquête qui fut faite en 1195, lorſque le Roi Philippe-Auguſte acquit de Richard de Vernon la Châtellenie de Vernon. M. Dupuy en fait mention en ſon Traité des Droits du Roi ; mais il ne nous l'a pas donné.

---

## *PIECES JUSTIFICATIVES*

### POUR L'OBSERVATION XXXI.

Ventes ne ſont dûes au Roi de vendition, faites par Engagiſte des Domaines par lui tenus par engagement. Jugé par Arrêt du Conſeil d'Etat, du 13 Janvier 1685. Suivant quatre Conſultations de Maîtres de l'Hommeau, du 3 Mars 1684 ; Commeau, du 4 Mars 1684 ; Billard, du 5 Mars 1684 ; & l'Aſnon, du 7 Mars 1684 : de tout quoi s'enſuivent Copies.

*Copie de la Conſultation de M. de l'Hommeau, du 3 Mars* 1684.

» LE Conſeil ſouſſigné, qui a vu l'adjudication faite par » Meſſieurs les Députés, pour la vente & revente des Domaines » du Roi dans le reſſort du Parlement de Bordeaux, en vertu

» d'un Edit du mois de Mars 1639, à François de Vertamont, » Conſeiller du Roi en ſon Parlement de Paris, de la Baronnie » de Chalucet, Membre dépendant du Vicomté de Licurges, » à faculté du rachat perpétuel, le 9 Juillet 1641, le tranſport » fait par ledit ſieur de Vertamont, à M. Guillaume de Ver- » tamont, Tréſorier de France à Limoges, ſon frere, de ladite » Baronnie de Chalucet, par contrat du 2 Septembre 1652.

» Eſt d'avis que les Fermiers du Domaine ſont mal fondés » à prétendre des Droits ſeigneuriaux contre ledit de Verta- » mont, Tréſorier, à cauſe dudit contrat du 2 Septembre » 1652.

» La raiſon eſt que ladite Baronnie n'ayant été aliénée qu'à » faculté de rachat perpétuel, & non incommutablement, n'y » ayant rétention au profit du Roi, d'aucune mouvance, ſoit » en Fief, ou en rôture, ni d'aucune autre eſpece de Seigneu- » rie dont on puiſſe prétendre aucun droit de quint & requint, » lods & ventes, ni autres droits, à cauſe des mutations de » Terres tenues en Fief, ou en cenſive, ou d'aucune rente à » un Seigneur direct, il eſt impoſſible qu'il ſoit dû aucuns » Droits ſeigneuriaux qui ne peuvent être dûs qu'à un Seigneur » ayant directe Seigneurie, ſoit comme Seigneur féodal, ou » cenſier, ſoit comme Seigneur bailleur d'héritage, à la charge » d'une preſtation, ou redevance annuelle & perpétuelle, & » d'un Droit ſeigneurial aux mutations d'héritages baillés; ce » qui ne ſe peut appliquer à un Domaine de la Couronne aliéné » par le Roi, à faculté de rachat; c'eſt-à-dire, non pas propre- » ment aliéné, mais plutôt engagé; de ſorte que le Roi de- » meure toujours véritable propriétaire du Domaine ainſi en- » gagé; & comme il en demeure véritable propriétaire, & que » le Domaine de la Couronne ne peut relever d'aucun Seigneur, » & que le Roi même en étant le propriétaire foncier & très- » foncier domanial & allodial, ne peut être le Seigneur, ni » féodal, ni cenſier, ni le Seigneur d'aucune autre eſpece de » Seigneurie directe, féodale, ou autre, il faudroit que l'alié- » nation en fût faite incommutablement en vertu des inféoda- » tions conſtitutives de Seigneurie féodale, fonciere, ou autre, » & des Droits ſeigneuriaux aux mutations; mais l'aliénation » de la Baronnie étant faite à faculté de rachat perpétuel, c'eſt- » à-dire, engagée, & non autrement, il eſt, contre les princi- » pes des Droits ſeigneuriaux, demandé par leſdits Fermiers,

» audit

» audit ſieur de Vertamont, & cette prétention eſt ſans exem-
» ple & ſans fondement.

» Délibéré à Paris, le 3 Mars 1684. *Signé*, DE L'HOMMEAU.

*Copie de la Conſultation de M. Commeau, du 4 Mars 1684.*

» Le Conſeil ſouſſigné, ſur la queſtion à lui propoſée de ſa-
» voir s'il eſt dû lods & ventes à Sa Majeſté, des ventes faites
» par les engagiſtes des Domaines à eux engagés.

» Eſt d'avis qu'il n'en eſt point dû.

» La premiere raiſon eſt que ladite vente ne contient point
» de tranſlation de propriété, attendu que les engagiſtes ne
» ſont point propriétaires, mais le Roi.

» Il eſt certain que le Domaine de la Couronne eſt inalié-
» nable, ſuivant les Ordonnances anciennes & modernes; c'eſt
» pourquoi les venditions qui ſont faites à faculté de rachat,
» ne paſſent pas pour des contrats tranſlatifs de propriété, mais
» pour de ſimples engagements & contrats purement pignora-
» tifs. En effet, les engagiſtes ne jouiſſent point des droits,
» & n'ont point les actions compétentes aux véritables proprié-
» taires. Ils ne peuvent point ſe qualifier Seigneurs des Terres
» engagées.

» Ils n'ont point la proviſion des Officiers, mais la ſimple
» nomination, quand elle leur eſt accordée par le tiſſu de leur
» engagement.

» Ils ne peuvent point faire adminiſtrer la juſtice en leur
» nom, mais elle doit être exercée ſous le nom du Roi.

» Ils n'ont point les Droits honorifiques, parce qu'ils appar-
» tiennent au propriétaire.

» Ils n'ont point droit de recevoir les hommages, cela n'ap-
» partenant qu'aux Seigneurs directs; c'eſt-à-dire, au proprié-
» taire du Fief dominant.

» Ils ne peuvent point ſaiſir féodalement les arriere-Fiefs,
» ou les faire ſaiſir féodalement en leur nom, mais ſeulement
» à la Requête du Procureur du Roi.

» Ils ne peuvent diſpoſer des fonds dépendants du Domaine,
» ni même des bois de haute futaie, d'autant qu'ils font partie
» du fonds & de la propriété.

» Ainſi il eſt évident que les acheteurs du Domaine du Roi » n'ont qu'un ſimple engagement, par la mutation duquel il » ne peut y avoir lieu aux lods & ventes, par les aliénations que » les premiers engagiſtes font du même Domaine tenu par eux » par engagement.

» Il eſt conſtant qu'il n'eſt dû aucuns droits pour les muta- » tions des engagiſtes des Domaines particuliers, qu'il ne faut » pas confondre avec les acquéreurs, à faculté de rachat, qui » ſont propriétaires; c'eſt le ſentiment de Me Ch. du Molin, » de Me Réné Choppin & de tous nos autres Auteurs Fran- » çois.

» Il n'y a que quelques Coutumes particulieres dérogeantes » au droit commun, qui aient aſſujetti l'engagement aux lods » & ventes, comme celles de Bretagne, de Vermandois & de » Châlons; mais elles ſont à regarder comme contraires à l'u- » ſage général du Royaume, & aux principes des Droits des » Fiefs, de ſorte que ce ſont des exceptions qui confirment le » Droit commun.

» La ſeconde raiſon qui décharge des Droits de lods & ven- » tes les tranſports qui ſont faits par les engagiſtes, eſt que les » lods & ventes ne ſont dûs réguliérement que pour des hérita- » ges féodaux, ou roturiers; c'eſt-à-dire, tenus à foi & hom- » mage, ou à cens. Or, les engagements du Domaine ne ſont » point tenus à foi & hommage du Roi: car il en eſt le Sei- » gneur utile, & non-ſeulement le Seigneur direct; & d'effet » il ne ſe trouvera point que jamais les engagiſtes aient été obli- » gés de rendre les foi & hommage au Roi, qui ne peut pas les » recevoir de ſa propre choſe; à quoi il faut ajouter que les en- » gagiſtes des Domaines & Terres appartenants aux Particu- » liers qui ſont de même condition que les engagiſtes des Do- » maines du Roi, ne ſont pas capables de porter les foi & hom- » mage aux Seigneurs ſuſerains, parce qu'ils ne ſont pas pro- » priétaires; d'ailleurs que le Domaine de la Couronne, ne » dépend que de Dieu, & qu'il eſt exempt de toutes ſortes de » ſujétions, ſuſeraineté & mouvance

» Il n'eſt point non plus tenu à cens, ne pouvant paſſer pour » roturier: car dès qu'il eſt venu entre les mains du Roi, qui » eſt la ſource d'où dérive toute la nobleſſe des Fiefs, il eſt

» poſſédé *jure optimo*, exempt de toutes charges envers qui » que ce ſoit. Auſſi ne trouvera-t-on pas qu'on ait jamais rendu » d'aveu, dénombrement, ni de déclaration des Domaines en- » gagés, parce qu'ils ne connoiſſent point de Seigneur direct » dont ils dépendent. Cependant c'eſt le Domaine direct ap- » partenant au Roi, ou autre Seigneur ſouverain, qui eſt la cau- » ſe, le titre & le principe des lods & ventes.

» Il eſt vrai que M. Jean Bacquet a été du ſentiment contraire » ſur le fondement de quelques Sentences rendues par les Com- » miſſaires de la Chambre du Tréſor; mais il n'a allégué aucune » raiſon d'un avis ſi contraire au principe de la matiere, & ſon » autorité, non plus que celle des Sentences qu'il allegue, ne » ſont pas aſſez conſidérables pour établir une Juriſprudence ſi » hétéroclite. Voyez Bacquet, *chap.* 12, *n.* 21, des Droits de » Juſtice, & *chap.* 13, en ſon Traité des Boutiques du Palais, » *Lett. R.*

» Ce n'eſt pas la premiere erreur dans laquelle cet Auteur » eſt tombé. Il avoit quelque connoiſſance de l'uſage, parce » qu'il étoit Avocat du Roi en la Chambre du Tréſor. Il ne s'eſt » attaché particuliérement qu'à l'intelligence de la Coutume » de Paris; mais on voit par la lecture de ſes Ouvrages, qu'il » n'avoit pas pénétré fort avant dans les principes, & qu'il s'eſt » ſouvent laiſſé conduire par l'autorité des Jugements qu'il a » vu rendre, ſans en approfondir les raiſons; c'eſt pourquoi il » n'a point été ſuivi dans la queſtion dont il s'agit, parce qu'en » effet ſon ſentiment réſiſte entiérement à la doctrine des » Fiefs.

» Délibéré à Paris, ce 4 Mars 1684. *Signé*, COMMEAU.

*Copie de la Conſultation de M. Billard, du 5 Mars* 1684.

» Le Conſeil ſouſſigné eſt d'avis que pour les mutations & » changements qui arrivent touchant les Domaines engagés, » ſoit par mort, vente, ou autrement, le poſſeſſeur ne doit, » ni droit de quint, requint, ni lods de relief, ni de rachat, » pour deux, ou trois raiſons très-déciſives ſur la matiere.

» La premiere & la principale eſt qu'il n'eſt pas propriétaire, » mais ſeulement *fiduciarius poſſeſſor*, pour uſer du terme de

» Me. Réné Choppin. En effet, l'on peut dire que par la qua-
» lité du Domaine auquel l'inaliénabilité eſt eſſentielle, & par
» la condition de pouvoir être perpétuellement retiré & dé-
» gagé par le Roi, l'engagiſte ne jouit que précairement; ce
» qui eſt ſi vrai, que deux choſes ſont conſtantes; l'une, que
» la propriété, avec ce droit de pouvoir en tout temps révo-
» quer & faire ceſſer l'engagement, réſide toujours en la per-
» ſonne du Roi; l'autre, que les engagiſtes ne jouiſſent pas des
» droits honoraires de la Terre, mais ſeulement du Domaine
» & des droits utiles, d'où il réſulte qu'ils n'ont qu'un titre &
» une poſſeſſion momentanée qui leur pouvant être ôtée dans
» tout temps, il n'y a aucun droit de propriété en leurs perſon-
» nes; ainſi le Domaine entre leurs mains, ne doit être ſujet
» à aucune foi & hommage, ni aux droits de quint & lods qui
» ne ſont dûs que par de vrais propriétaires.

» La ſeconde conſiſte en ce que les droits de lods, ou de
» quint, ſuivant les Pays, ne pourroient être prétendus que par
» le Roi, ce qui ne peut être, ſoit que l'on faſſe conſidération
» que le Roi ſe feroit préjudice, en exigeant des devoirs & des
» droits d'un ſimple engagiſte, ſoit parce que l'engagement n'a
» point été fait ſous cette condition, ſoit encore parce que le
» Roi en rentrant dans ſon Domaine, ſeroit obligé d'en faire le
» rembourſement, parce qu'il faut rembourſer un engagiſte des
» charges qu'il a payées, pour jouir de l'engagement. Ainſi l'on
» eſtime que tout réſiſte à la prétention deſdits Droits de lods
» contre le Seigneur engagiſte.

» Car encore bien qu'il ſemble que M. Jean Bacquet ſoit
» d'un ſentiment contraire, l'on n'y doit pas appuyer, tant parce
» que ſon ſentiment eſt contre celui des Docteurs plus autori-
» ſés que lui, & contre tout ce qu'il y a de principes qui ne
» peuvent recevoir d'atteinte que par des Déclarations du Roi
» bien vérifiées, ou par des Arrêts bien conditionnés; ce qu'il
» ne ſemble pas y avoir lieu d'appréhender, parce que l'on ne
» ſe déclarera jamais contre une maxime auſſi-bien établie;
» mais tant que l'autorité n'y ſera point, l'on doit en demeurer
» à la regle & au principe qui eſt la vraie juſtice.

» Délibéré à Paris, le 5 Mars 1684. *Signé*, BILLARD.

*Copie de la Conſultation de M. l'Aſnon, du 7 Mars 1684.*

» Le Conſeil ſouſſigné, ſur la queſtion de ſavoir ſi on peut » demander des droits de lods & ventes, & autres droits ſei- » gneuriaux à celui qui aura acquis d'un engagiſte le Domaine » qu'il tenoit par engagement du Roi.

» Eſt d'avis que pour les contrats qui ſe font entre particu- » liers, du Domaine du Roi engagé, il n'eſt dû aucun droit de » lods & ventes, ni aucuns autres droits ſeigneuriaux.

» Il faut que deux choſes concourent; ſavoir une acquiſition » par un contrat tranſlatif de propriété, & la poſſeſſion réelle » en conſéquence de ce contrat; l'une ſans l'autre ne ſuffiroit » pas : car de la propriété, ſans la priſe de poſſeſſion & change- » ment de main, il n'eſt dû aucuns droits; ce qui doit s'enten- » dre, non de la poſſeſſion naturelle, ou ſimple détention qui » eſt appellée par quelques-uns *detentio;* mais de la poſſeſſion » civile accompagnée d'un titre légitime tranſlatif de propriété, » qui s'appelle proprement poſſeſſion.

» L'un & l'autre manque à l'engagiſte du Domaine du Roi, » qui n'a ni la propriété du Domaine engagé, ni la poſſeſſion.

» A l'égard de la propriété, il eſt certain que jamais on n'a » dit qu'un engagiſte ſoit propriétaire; ſon contrat eſt un an- » tichreſe, ou un contrat pignoratif qui ne lui donne autre » qualité que celle de créancier; & ces ſortes de contrats s'ap- » pliquent fort bien à ce que dit Papinien en la Loi 1, §. 2, » *ff. de pignorib. & hypothec. quæſtio pignoris ab intentione do-* » *mini ſeparatur.* C'eſt par cette raiſon que l'engagiſte ne peut » ſe qualifier purement & ſimplement du titre & dignité de la » Seigneurie qui lui a été donnée en nantiſſement; la juſtice » s'exerce toujours au nom du Roi, & non au nom de l'en- » gagiſte. Il ne peut recevoir en foi les vaſſaux qui dépendent » de ſon engagement, ni ſe faire bailler les aveux des Fiefs mou- » vants dudit engagement; tout cela appartient au Roi, qui par » conſéquent demeure toujours le véritable propriétaire.

» L'engagiſte n'a que la ſimple jouiſſance des fruits & reve- » nus, & autres droits utiles, juſqu'au rembourſement de ſa » finance, & pour les intérêts d'icelle. Il ne peut pas même, » pour le paiement des droits utiles, faire ſaiſir féodalement les

» vaſſaux relevants du Domaine qu'il poſſede, ſans l'adjonction » de Procureur du Roi, ce qui fait bien voir qu'il n'y a aucune » propriété.

» A l'égard de la même poſſeſſion, l'engagiſte eſt un ſimple » détenteur qui n'a point la poſſeſſion civile, *alteri, non ſibi poſ-* » *ſidet*, ou plutôt *tenet*, *non poſſidet ;* c'eſt le Roi qui poſſede » par l'engagiſte, comme le débiteur qui a donné un gage, ou » nantiſſement, poſſede par ſon créancier, & la poſſeſſion de » l'engagiſte ſert au Roi, comme celle de tout autre créancier » *qui poſſidet pignus*, ſert au débiteur qui a donné le gage.

» Cela ſuppoſé, l'engagiſte ne transfere pas plus de droit, » qu'il en a lui-même, & par conſéquent celui qui acquiert » de lui ſon engagement, n'a ni propriété, ni poſſeſſion ; il eſt » ſeulement ſubrogé à la finance de l'engagiſte & à la jouiſſance » des fruits & revenus du Domaine engagé ; en un mot, à l'an- » tichreſe, ou contrat pignoratif, & ainſi il n'a aucuns droits » ſeigneuriaux ; de fait on ne peut uſer ſur l'engagiſte de ſaiſie » féodale, faute de devoirs non faits & droits non payés : car » il ne ſeroit pas reçu à ſe faire admettre en foi, quand il le » voudroit. D'ailleurs il y auroit de l'injuſtice & de l'inconvé- » nient tout enſemble, que le Roi pût demander des lods & » ventes d'un Domaine dont il demeure toujours propriétaire, » & qu'il pourroit retirer le lendemain ; mais cela ſeroit même » déſavantageux au Roi : car comme un particulier qui a vendu » à faculté de rachat, eſt tenu, lorſqu'il exerce ſa faculté, de » rembourſer les lods & ventes que l'acquéreur auroit payés au » Seigneur, comme au nombre des loyaux couts, de même le » Roi ſeroit tenu, en faiſant retrait du Domaine engagé, de » rembourſer les lods & ventes, ou Droits ſeigneuriaux, & cela » d'autant plus qu'il les auroit reçus ; donc il arriveroit que le » Fermier du Roi, en ayant profité en vertu de ſon bail, Sa Ma- » jeſté en recevroit un préjudice notable.

» A quoi on peut ajouter que le droit d'un engagiſte eſt moin- » dre que celui d'un uſufruitier ; cependant il n'eſt point dû » de lods & ventes pour la vente d'un uſufruit. Enfin les enga- » gements du Domaine du Roi ne ſont pas d'une autre nature » que ceux du bien des particuliers, dont il n'eſt point dû de » Droits ſeigneuriaux.

» On ne trouvera pas même qu'il en ait été payé pour raiſon

» des Domaines du Roi engagés. On pourra bien trouver une » ou deux Sentences de la Chambre du Tréſor, qui les ont ad- » jugées; mais elles n'ont jamais eu d'exécution, laquelle a été » arrêtée par l'appel qui en a été interjetté au Parlement, & » que le Receveur du Domaine n'a oſé pourſuivre, prévoyant » bien que ces Sentences ſeroient infirmées.

» Au reſte la ſeule raiſon qui peut faire prétendre des droits » de lods & ventes, lorſqu'un engagiſte traite de ſon engage- » ment, eſt qu'on dit que le Roi, en faiſant l'engagement, a » retenu la directe ſur le Domaine engagé; mais on ne prend » pas garde qu'il a fait davantage, parce qu'il a retenu non-ſeu- » lement la directe, mais la propriété toute entiere.

» Or, pour prétendre des lods & ventes, il faudroit qu'il n'eût » réſervé que la ſimple directe, & c'eſt ce qui fournit encore » une raiſon déciſive contre la prétention des lods & ventes, » tirée de la différence des inféodations & baux à ce faits par » le Roi, d'avec les contrats d'engagement : car dans les pre- » miers qui peuvent ſe faire valablement en certains cas, le » Roi ne retient que la directe Seigneurie, laquelle emporte » les Droits ſeigneuriaux; mais dans les derniers, propriété » toute entiere lui demeure, & partant il ne lui eſt dû aucuns » Droits ſeigneuriaux.

» Délibéré à Paris, ce 7 Mars 1684. *Signé*, L'ASNON.

Le prononcé dudit Arrêt du Conſeil d'Etat, du 15 Janvier 1685, qui a jugé ladite queſtion, eſt en ces termes.

» Ouï le rapport du ſieur de la Briffe, Conſeiller du Roi en » ſes Conſeils, Maître des Requêtes ordinaires de ſon Hôtel, » Commiſſaire à ce député, après en avoir communiqué aux » ſieurs Commiſſaires députés pour les affaires du Domaine; » & tout conſidéré, le Roi en ſon Conſeil, faiſant droit ſur » le tout, ſans s'arrêter aux Ordonnances du ſieur Poncet, » Maître des Requêtes, ci-devant Commiſſaire départi en la » Généralité de Limoges, des 29 Septembre 1684 & 6 Mars » 1685, a déchargé le ſieur de Vertamont des condamnations » contre lui prononcées par leſdites Ordonnances; ce faiſant, » ordonne que la ſomme de 4700 livres qu'il a été contraint de » payer en vertu d'icelle, lui ſera reſtituée; à ce faire, ledit » Magoulu & ſes cautions contraints par toutes voies dûes &

» raisonnables, dépens compensés entre les Parties. Fait au » Conseil d'Etat du Roi, tenu à Versailles, le 15 Janvier 1685. » Collationné. *Signé*, BERRIER. Collationné à l'original, par » nous Conseiller-Secrétaire du Roi, Maison, Couronne de » France & de ses Finances. HUBERT.

*Fin du Tome premier.*

*ERRATA*

# *ERRATA DU PREMIER VOLUME.*

MALGRÉ l'attention qu'on a apportée à l'impreſſion de cet Ouvrage, il s'y eſt gliſſé une aſſez grand nombre de fautes ; cela a été occaſionné par l'extrême défectuoſité du Manuſcrit qui nous a été remis entre les mains. M. Boullenois, dont la vue s'étoit fort affoiblie quelques années avant ſa mort, étoit obligé de s'en rapporter à des Copiſtes ; & l'on ſait combien le travail de ces ſortes de gens eſt d'ordinaire peu exact. On avoit cependant revu ce Manuſcrit avant que de le donner à l'Imprimeur ; mais il étoit échappé à l'œil pluſieurs fautes, que la Preſſe a rendues plus-frappantes, & que l'on trouvera corrigées dans cet *Errata*.

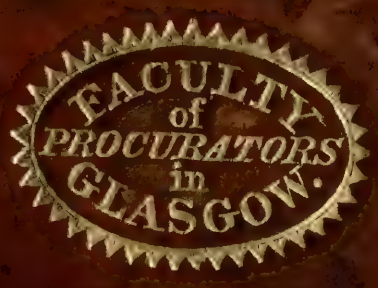
On obſerve qu'on ne marque ici que celles qui intervertiſſent le ſens de la phraſe, & qu'on laiſſe au Lecteur intelligent, le ſoin de ſubſtituer quelques ſinguliers à quelques pluriels, des maſculins à des féminins, &c.

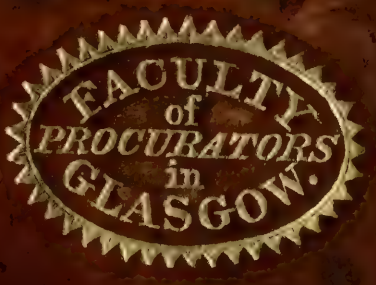
On trouvera peut-être à redire de ce qu'on n'a pas exactement accentué les citations Latines ; mais ce Livre n'eſt fait que pour ceux qui poſſedent aſſez cette Langue pour ſe paſſer de ce ſecours, peu employé d'ailleurs dans les bonnes éditions Latines.

| | | |
|---|---|---|
| Pages | 5, 13, 14, 15, | &c. Burgundius, *liſez*, Burgundus. |
| | 15, | *& alibi*, Rodemburg, *liſez*, Rodenburgh. |
| | 31, | ligne 25, *aut*, liſez, *ut*. |
| | 34, | 26, *ôtez* que. |
| | 63, | Soëvé, *liſez*, Soefve. |
| | 74, | 9, *ôtez, en cet endroit.* |
| | 86, | 11, n'oppoſera, *liſez*, m'oppoſera. |
| | 123, | 3, abſtraction, *ajoutez*, faite. |
| | 124, | 29, *de utriuſque, liſez, de utriſque.* |
| | 139, | 36, il, *liſez*, elle. |
| | 159, | 10, *unâ*, liſez, *unà*. |
| | 182, | 38, ils, *liſez*, elles. |
| | 250, | 7, tranſcrits à la fin de cette Diſſertation, *liſez*, tranſcrits au nombre des Pieces Juſtificatives. |
| | 251, | 23, défuntes, *liſez*, différentes. |
| | 262, | 20, à la fin de l'Obſervation 26, *ſubſtituez*, au nombre des Pieces Juſtificatives. |
| | 298, | 16, ſeront admiſes, *liſez*, ſera admiſe. |
| | 311, | 1729, *liſez*, 1719. |
| | 344, | 13, M^e^ le Bret, *liſez*, M. le Bret. |
| | 348, | 3, ils doivent être régis, *liſez*, elles doivent être régies. |
| | *ibid.* | 14, *perfectionem*, liſez, *per fictionem.* |
| | 373, | 16, plus amplement, *ajoutez*, par la ſuite. Voyez d'ailleurs l'Obſervation 23, page 531. |

## *ERRATA DU PREMIER VOLUME.*

Page 360, ligne 7, d'héritier, *ajoutez*, & de débiteur.
441, 19, l'ignorent, *lisez*, les ignorent.
450, 19, *ineſſe*, liſez, *in eſſe*.
458, 5, par, *liſez*, pour.
492, 30, *omiſſi*, liſez, *omiſſio*.
520, 1, 1731, *liſez*, 1736.
526, 2, *excutorium*, liſez, *executorium*.
544, 18, *retractûs ; dixi infrà*, liſez, *retractûs dixi ;*
552, 7 & 8, ſitués en Bretagne, ſe pourſuit à Paris, *liſez*, ſitués à Paris, ſe pourſuit en Bretagne.
571, 21, recevoir, *liſez*, revoir.
572, 12, *mettez* le mot CERTIFICAT, en alinea.
675, 21, ſis à Friſe, *liſez*, ſis en Friſe.
699, 10, tous ſes biens, *liſez*, tous ſes meubles.
700, 11, Boucheuil, *liſez*, Boucheul.
*ibid.* 25, *liſez*, des meubles & acquêts, & du quint des propres.
705, 17, Evrard, *liſez*, Everard.
708, 9, *quod*, liſez, *quo*.
*ibid.* 38 & 39, *cummunes*, liſez, *communes*.
731, 13, agira, *liſez*, agit.
739, 37, de ces nations, *liſez*, des habitants de ces Villes.
752, 40, Coutume, *liſez*, communauté.
754, 6, biens convenus, *liſez*, biens, convenue.
776, 11 & *alibi paſſim*, exclues, *liſez*, excluſes.
790, 14, qu'ils feront, *liſez*, qu'elles feront.
805, 13, Bourgeon, *liſez*, Bourjeon.
830, 17, *proxime vero*, liſez, *praxim verò*.
872, 36, *mettez en titre*, PIECE JUSTIFICATIVE.
874, 31, n'ayant, *liſez*, il n'a.
877, 22, aînées, *liſez*, aînés.
882, 36, le donataire, *liſez*, la donataire eſt chargée, &c.
887, 20, ici, *liſez*, au nombre des Pieces Juſtificatives.


FACULTY
of
PROCURATORS
in
GLASGOW.


FACULTY
of
PROCURATORS
in
GLASGOW.

# TRAITÉ
DE
# *LA PERSONNALITÉ,*
ET DE
# LA RÉALITÉ DES LOIX,
*COUTUMES, OU STATUTS.*

# TRAITÉ

DE

David Murray, Glasgow.

# *LA PERSONNALITÉ,*

ET DE

# LA RÉALITÉ DES LOIX,

## *COUTUMES, OU STATUTS,*

PAR FORME D'OBSERVATIONS;

Auquel on a ajouté l'Ouvrage Latin de Rodenburgh, intitulé, *de Jure quod oritur è Statutorum diverſitate.*

*Par feu Mᵉ LOUIS BOULLENOIS, ancien Avocat au Parlement.*

TOME SECOND.

A PARIS,

Chez *GUILLAUME DESPREZ*, Imprimeur du Roi & du Clergé de France, rue Saint-Jacques.

M. D C C. L X V I.

*AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.*

# TABLE

Des Titres, Chapitres & Obſervations contenus au ſecond Volume.

## *SECONDE PARTIE*
## DU TITRE SECOND.

*Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts, y ayant changement de domicile.*

### CHAPITRE PREMIER.

*De la diverſité du Droit, quant aux Statuts perſonnels*, page 1

OBSERVATION XXXII. 7

### CHAPITRE II.

*De la diverſité des Loix, en ce qui concerne les Statuts purs réels, pour le cas où il y a changement de domicile*, page 54

OBSERVATION XXXIII. 57

### CHAPITRE III.

*De la diverſité des Loix, par rapport aux ſolemnités que l'homme doit obſerver dans les actes*, page 66

OBSERVATION XXXIV. 68

CHAPITRE IV.

*De la diverſité des Loix, par rapport à la ſubſtance de l'acte, dans le cas où il y a changement de domicile,* page 81

OBSERVATION XXXV. 93

OBSERVATION XXXVI. 162

OBSERVATION XXXVII. *Sur le Douaire,* 196

OBSERVATION XXXVIII. *Des gains nuptiaux & de ſurvie,* 258

OBSERVATION XXXIX. *Sur la Garde-Noble & Bourgeoiſe,* 314

## TITRE III.

*Des conventions par leſquelles on prévient la diverſité des Loix, dans le cas où les perſonnes ne changent pas leur domicile.*

CHAPITRE PREMIER.

*Des Statuts perſonnels,* page 366

OBSERVATION XL. 370

CHAPITRE II.

*Des conventions par leſquelles on prévoit, & prévient la contrariété des Loix, que les Statuts purement réels peuvent faire naître entre des Parties, pour le cas où elles ne changent pas leur domicile,* page 376

OBSERVATION XLI. 383

CHAPITRE III.

*Des conventions faites pour ſe précautionner contre la contrariété des Loix, quant aux ſolemnités des Actes, & cela, pour les cas où l'on continue le même domicile,* page 397

OBSERVATION XLII. page 398

CHAPITRE IV.

*Des conventions par lesquelles on obvie à la diverſité du droit que les Statuts réels peuvent faire naître par rapport à la ſubſtance des actes, encore même que l'on ne change pas de domicile,* page 401

OBSERVATION XLIII. 409

TITRE IV.

*Des conventions faites pour obvier à la diverſité des Loix dans le cas du changement de domicile.*

CHAPITRE PREMIER.

*De l'effet des conventions par rapport aux Statuts perſonnels,* page 421

OBSERVATION XLIV. 431

CHAPITRE II.

*Des conventions pour obvier à la diverſité des Loix par rapport aux Statuts réels, dans le cas où il y a changement de domicile,* page 437

OBSERVATION XLV. 443

OBSERVATION XLVI. *Sur la Loi qui doit régler les contrats,* 445

CHAPITRE III.

*Des conventions qui concernent la diverſité des Loix, quant aux formalités des actes, pour le cas où l'on change de domicile,* page 539

CHAPITRE IV.

*Des conventions faites pour obvier, en ce qui regarde le fonds & la ſubſtance des actes, à la contrariété qui pourroit ſe rencontrer entre les Loix de l'ancien & du nouveau domicile,* page 540

PIECES JUSTIFICATIVES, 543

*Fin de la Table du ſecond Volume.*

# TRAITÉ
## *DE*
# LA PERSONNALITÉ
## *ET*
# DE LA RÉALITÉ DES LOIX,
## *COUTUMES, OU STATUTS,*
Par forme d'Obſervations.

## *SECONDE PARTIE*
## DU TITRE SECOND.
*Du Droit qui naît de la diverſité des Statuts, y ayant changement de domicile.*

## CHAPITRE PREMIER.*
*De la diverſité du Droit, quant aux Statuts perſonnels.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

### SOMMAIRE.

I. *Du cas où des conjoints domiciliés dans un lieu où la femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, vont demeurer dans un lieu où la*

*femme n'est pas sous cette puissance, & du cas contraire.*

II. *Si le mari peut changer de domicile au préjudice de sa femme.*

III. *Cas où le mari change de domicile, & vient demeurer en Hollande avec sa femme, pour tirer d'elle, par caresse, une donation.*

IV. *Si un homme d'Utrecht, majeur, ayant l'âge de vingt ans accomplis, transporte son domicile en Hollande, où l'on n'est majeur qu'à vingt-cinq ans, deviendra-t-il mineur, & faudra-t-il lui donner de nouveau un curateur?*

V. *Au contraire, si un Hollandois vient demeurer à Utrecht, ayant vingt ans accomplis, deviendra-t-il à l'instant majeur?*

VI. *En quel cas un tuteur peut transférer le domicile de son mineur.*

J'Ai divisé le présent Traité en trois classes. Dans la premiere j'ai discuté les Droits que la diversité des Statuts peut exciter dans le cas où les personnes ne changent pas de domicile; mais il arrive fort souvent que les conjoints en changent, & vont demeurer ailleurs; & comme ce changement fait naître des contestations qui sont propres à ce cas particulier, je ne ferai pas mal de leur accorder singuliérement une classe qui sera cette seconde-ci, dans laquelle je me renfermerai à exposer le Droit qui, dans la contrariété des Statuts, peut résulter du cas singulier où l'on a changé de domicile, & je le ferai d'une maniere assez brieve; parce que, si dans une, ou deux questions, la raison de décider est palpable, il sera facile d'appliquer cette décision à toutes les autres questions.

Je suivrai pour cette seconde classe, le même ordre que j'ai observé pour la premiere. J'agiterai d'abord les questions qui regardent les Statuts personnels, & je passerai ensuite aux Statuts réels. Supposons donc un mari qui, par les Loix de son domicile, a sa femme sous son autorité; ce mari va demeurer dans un lieu où les femmes ne sont pas sous la puissance de leur mari, ou, supposé le cas contraire, faudra-t-il dire que la femme exempte de la puissance maritale, y deviendra soumise, & que celle qui y est soumise, en deviendra exempte? Nous

ſommes entraînés pour l'affirmative, par tout ce qu'a dit Burgundus, *dicto tract.* 2, *n.* 7, & c'eſt avec raiſon : car l'état de la perſonne & ſa condition étant régis par les Loix du lieu qu'elle a choiſi pour domicile, il eſt néceſſaire que le domicile changeant, la condition de la perſonne change ; mais comme partout ce que nous venons d'expoſer, il eſt clair que le changement de domicile pourroit être quelquefois en fraude de la femme, quelqu'un demandera peut-être ſi la femme ſera abſolument obligée de ſuivre ſon mari, qui veut ainſi changer de domicile, & voici en peu de mots la réponſe. Il eſt notoire que tous nos Auteurs décident en faveur des maris, bien entendu qu'ils ne ſoient pas errants, & ſans une demeure fixe; quoiqu'il y ait quelques Docteurs qui, dans ce cas-là même, répondent encore pour les maris. Voyez ce qu'en a dit Groenowegen, *ad art. C. de bon. damn.* & je me ſouviens d'avoir été conſulté dans l'eſpece ſuivante.

Un mari ſe diſpoſoit à aller demeurer à la Campagne, & d'y emmener ſa femme, parce qu'elle lui paroiſſoit rechercher avec trop d'empreſſement la compagnie des hommes, & en uſer avec eux un peu plus familiérement qu'il ne convenoit à une femme ſage. La femme proteſtoit au contraire qu'elle ne quitteroit pas la ville. Je répondis dans cette eſpece, que la femme ſe refuſoit à un devoir indiſpenſable, & pouvoit être contrainte à ſuivre ſon mari. Mais pour nous renfermer dans notre queſtion particuliere, ſi la femme s'oppoſoit au changement de domicile, dans la crainte de quelque fraude de la part de ſon mari, comme ſi un habitant d'Utrecht où les conjoints ne peuvent ſe faire aucun avantage, vouloit emmener ſa femme en Hollande, pour lui ſurprendre, ou extorquer quelque donation, je doute fort qu'on n'écoutât pas les remontrances de la femme.

Les Magiſtrats de notre Ville ont tellement eſtimé que, dans nos mœurs, la femme étoit obligée de ſuivre ſon mari, qu'une femme remariée étant reſtée à la Ville, pendant que ſon mari étoit allé demeurer à la Campagne, & ayant ainſi vécu pendant pluſieurs années avec les enfants de ſon premier lit, à ſes propres dépens, & hors la compagnie de ſon mari, & ſur ce fondement, cette femme ſoutenant n'être pas obligée de payer les quatre mille florins dont elle étoit tenue par ſon contrat de mariage, pour la nourriture & entretien d'elle & de ſes enfants, puiſ-

que ſon mari n'en avoit pas eu la charge, d'où elle concluoit qu'il n'étoit pas juſte qu'elle lui payât une ſomme qui avoit cette deſtination préciſe, cette femme réuſſit, à la vérité, par rapport à ce qui regardoit la nourriture de ſes enfants, dont elle avoit eu la charge; mais en ce qui la regardoit, elle fut condamnée, parce qu'il n'avoit tenu qu'à elle d'aller demeurer avec ſon mari; en ſorte qu'elle devoit ſe plaindre d'elle-même, & non pas de ſon mari, dont elle diſoit que l'humeur étoit inſupportable, ſans en donner des preuves ſuffiſantes, outre que depuis qu'elle prétendoit en avoir été maltraitée, elle avoit vécu avec lui pendant quatre années; en ſorte que, ſuppoſé qu'elle accuſât vrai, tout le paſſé étoit couvert par la réconciliation, & c'étoit à tort qu'elle ſe plaignoit d'un mari dont elle avoit paru contente juſqu'alors. Mais cette femme ayant demandé ſa ſéparation de corps & de biens, en alléguant encore de nouveaux ſévices, & la Cour s'appercevant que ces gens-là n'avoient pas abſolument d'antipathie l'un pour l'autre, que leurs querelles n'étoient pas dangereuſes, & que toutes leurs diſputes ne venoient que d'un procès qui étoit entre eux, au ſujet de la plus grande partie de leurs biens, elle ne jugea pas encore à propos de les ſéparer, ni même d'exiger du mari de donner caution de ne point maltraiter ſa femme. Farinac. *de delict. carn. quæſt.* 143, *tit.* 16, *n.* 144; Covarruvias *de matr. part.* 2, *cap.* 7, §. 5, *n.* 2 *in fin.* Sanchés *de matrim. lib.* 10, *de divort. diſput.* 18, *n.* 33; mais s'étant écoulé trois années entieres depuis la premiere Sentence, de maniere que l'on n'entrevit plus d'eſpérance de les concilier, ils furent ſéparés de corps & d'habitation, & la femme fut déchargée du paiement de la ſomme annuelle qu'elle avoit promiſe par contrat de mariage, & ce, à compter du jour de la conteſtation en cauſe. Ce ſecond Jugement fut rendu au commencement de l'année 1652.

Nous avons puiſé dans l'état des conjoints le premier exemple des différents droits que la diverſité des Statuts perſonnels peut occaſionner dans le changement de domicile. En voici un ſecond tiré de la condition d'un mineur qui donnera lieu à une queſtion qui ne fera pas moins de plaiſir.

A vingt ans on eſt majeur chez nous, & il en faut vingt-cinq en Hollande. Un habitant de notre Province, majeur de vingt ans, va demeurer en Hollande: retombera-t il en tutele, lui qui chez nous n'y étoit plus? & deviendra-t-il ſoumis à l'auto-

rité d'un tuteur, lui qui étoit maître de ſes droits? Cela paroît abſurde d'abord. Cependant il faut dire que puiſque la condition de la perſonne dépend entiérement de la Loi du domicile, c'eſt à lui à s'imputer d'aller demeurer dans un lieu où il perd ſon état de majeur : car il ne paroît pas moins abſurde qu'entre tous les habitants d'un lieu, qui ſont en tutele juſqu'à un certain âge, il ſe trouve un homme néanmoins entre tous, qui ſe prétende maître de ſa perſonne, & en droit de vivre ſans être ſoumis à la Loi. Burgundus, dans l'endroit que je viens de citer, a penſé comme moi, après avoir dit qu'il faut conſidérer la Loi du domicile, pour décider ſi le mineur peut contracter.

Il ajoute auſſi-tôt conſéquemment : » nous diſons que ſi la perſonne change de domicile, elle eſt affectée de la condition preſcrite par la Loi du nouveau domicile ; il n'importe que l'on diſe communément que ce qui eſt une fois éteint, ne revit plus : cela eſt bon, quand celui qui change d'état, ne donne pas lieu lui-même à ce changement ; & celui qui par ſon fait change de domicile, ſe plaint mal à propos de ſe trouver de la condition dont ſont tous ceux qui demeurent dans le même lieu ». De ce que nous venons de dire, il s'enſuivra que tout ce que ce nouvel habitant pourra faire, ſans l'autorité d'un curateur, ſera nul comme étant fait par un mineur.

Voyons un autre cas qui arrive plus communément. Un Hollandois, âgé de vingt ans, mais mineur, n'ayant pas vingt-cinq ans, transfere ſon domicile à Utrecht, où l'on eſt majeur à vingt ans, dirons-nous qu'il deviendra majeur, & ne dépendra plus que de lui-même? Conſulté ſur cette queſtion, j'ai répondu que le mineur n'avoit pas ainſi la liberté de changer de domicile ; que cela ne convenoit qu'à ſon tuteur, qui pouvant contracter pour ſon mineur, peut auſſi lui faire changer de domicile, lequel changement peut être regardé comme un contrat, ainſi que nous le dirons bientôt plus amplement. C'eſt pourquoi dans l'eſpece qui me fut propoſée, d'une mere qui étant tutrice, étoit venue demeurer à Utrecht depuis la mort de ſon mari, & y avoit emmené ſon jeune fils qui, par la ſuite, étoit devenu grand, j'ai répondu que l'âge de la majorité devoit ſe prendre des Loix d'Utrecht, pourvu que dans cette tranſlation de domicile, il n'y eût point de fraude, & qu'un tiers n'en ſouffrît aucun préjudice, hors leſquels cas

il eſt aſſez difficile de ne pas dire qu'un tuteur, & ſur-tout une mere a le droit de choiſir le lieu où elle veut demeurer, & où elle veut élever ſon jeune fils; & ce fut pour prévenir toute difficulté que les Juriſconſultes Hollandois donnerent avis à cette mere, lorſqu'elle méditoit de ſe retirer à Utrecht, de faire, avant cette démarche, créer un tuteur qui ſtipuleroit d'elle que ce changement de domicile n'en ſeroit pas un par rapport à ſon fils: cependant j'avoue, (ſi néanmoins ce que je vais dire peut contribuer à la déciſion de la queſtion préſente,) que, ſuivant la déciſion contenue dans ce chapitre, il ſera dans le pouvoir d'un tuteur de ſe décharger de la tutele avant le temps, ſi ce n'eſt que dans ce cas on ne jugeât néceſſaire d'examiner s'il n'y a pas de fraude.

## OBSERVATION XXXII.

RODENBURGH traite, dans ce Chapitre, de l'effet que le changement de domicile peut faire ſur l'état & la condition de la perſonne, & il borne ſon examen à deux ſortes de Statuts perſonnels; ſavoir, celui qui met la femme ſous la puiſſance du mari, ou qui l'en exempte, & le Statut de la majorité & de la minorité, perſuadé, dit-il, qu'il ſera facile d'en faire l'application à tous les autres.

Le principe de notre Auteur eſt que l'état de la perſonne & ſa condition ſont régis par les Loix de ſon domicile actuel: d'où il conclut, 1°. qu'une femme domiciliée dans une Coutume qui l'aſſujettit à la puiſſance maritale s'en trouve délivrée, ſi ſon mari va demeurer dans une Coutume où les maris n'ont point leurs femmes ſous leur puiſſance; & réciproquement que la femme domiciliée dans une Coutume qui ne reconnoît pas la puiſſance maritale, tombera néanmoins ſous la puiſſance de ſon mari, s'il va demeurer dans une Coutume qui admet cette puiſſance maritale.

2°. Par rapport au Statut de la majorité & à celui de la minorité, il décide pareillement qu'un majeur dans le lieu de ſon domicile peut devenir mineur, & le mineur devenir majeur, s'il change de domicile.

Mais parce que tous ces changements de domicile peuvent avoir la fraude pour principe, il excepte ce cas particulier.

Avant que de commencer l'examen des queſtions propoſées par notre Auteur, j'obſerverai que M. Froland, *ch.* 7, *pag.* 171, de ſes Mémoires ſur les Statuts, agite les mêmes queſtions. Il demande quel peut être l'effet du changement du domicile, par rapport à la nature & aux effets du Statut perſonnel, & il commence par diſtinguer deux ſortes de Statuts perſonnels, ceux qui reglent l'état univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle, & ceux qui reglent l'habilité ou l'inhabilité de la perſonne, pour certaines choſes.

Il emploie, pour exemple de la premiere eſpece de Statuts, 1°. la Loi qui fixe la majorité, & qu'il dit être celle de la naiſſance: 2°. les Statuts qui prononcent l'interdiction & l'éman-

cipation, ceux qui déclarent infames, qui réhabilitent, qui légitiment.

Les exemples qu'il allegue par rapport à la deuxieme eſpece de Statuts, ſont le Statut du Velleien. Les Statuts qui exigent que les maris autoriſent leurs femmes, ſoit pour les actes teſtamentaires, ſoit pour les actes entre-vifs; ceux qui ne permettent pas à la femme de contracter, ni aliéner ſans le conſentement de ſa famille & ſans le décret du Juge.

Quand M. Froland allegue tous ces Statuts dans l'une ou l'autre diviſion, il les allegue comme étant des Statuts perſonnels; & c'eſt par rapport à ces Statuts perſonnels que M. Froland en diſtingue de deux ſortes; ceux qui commencent à fixer l'état univerſel de la perſonne & ſa condition, *abſtractive ab omni materia reali*, & ceux qui fixent l'habilité ou l'inhabilité de la perſonne à faire une certaine choſe.

Par rapport aux premiers Statuts, le principe qu'il nous donne eſt que le changement de domicile n'opere aucun effet, & qu'ayant commencé à fixer l'état & la condition de la perſonne, il conſerve ſa force & ſon autorité, & la ſuit par-tout en quelque endroit qu'elle aille, nonobſtant tout changement de domicile; mais par rapport aux Statuts de la deuxieme eſpece, ceux du domicile qui en décidoient, tombent entiérement, & cedent tout leur empire au Statut dans le territoire duquel la perſonne va demeurer.

Me ſera-t-il permis de dire, nonobſtant le jugement avantageux qu'en a porté M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 31, que dans ces regles preſcrites par M. Froland, il y a un vrai mêlé avec beaucoup d'obſcurité, & embarraſſé dans des idées ſujettes à des contredits ſans replique?

Premiérement, eſt-il vrai que les Statuts de l'interdiction & de l'émancipation, &c. qu'il allegue pour exemple du premier membre de ſa diſtinction, reglent l'état univerſel de la perſonne, abſtraction faite de toute matiere réelle? L'interdiction n'eſt prononcée que pour ôter à l'interdit tout pouvoir de diſpoſer nommément de ſes biens: l'émancipation n'eſt accordée qu'afin de donner au mineur l'adminiſtration & la jouiſſance nommément de ſes revenus. La majorité elle-même n'a lieu dans les Coutumes que pour mettre une perſonne qui a atteint un certain âge en droit nommément de vendre, d'aliéner & d'échanger ſes immeubles.

Mais

Mais ne nous arrêtons pas à cette premiere circonſtance ; attachons-nous à l'eſprit de ces maximes. M. Froland diſtingue deux états perſonnels dans l'homme, celui qui eſt général & univerſel, & celui qui n'eſt que pour quelques actes ſeulement, & cette diſtinction eſt bonne, & même néceſſaire dans la matiere.

Mais qu'entend M. Froland par l'état général & univerſel, & par l'état particulier qui ne renferme qu'une habilité ou inhabilité pour certaines choſes ? Ce qu'il dit à cet égard n'eſt pas fort ſatisfaiſant : il nous donne pour exemple de l'état particulier, celui où eſt une femme qui a beſoin de l'autoriſation de ſon mari, tant pour les actes entre-vifs, que pour les actes teſtamentaires : ne peut-on pas raiſonnablement dire que cet état n'eſt pas un état particulier, mais un état univerſel ? Car enfin une telle femme eſt dans l'impuiſſance générale ; elle eſt liée dans toutes ſes volontés ; elle ne peut vouloir & agir en ſanté & à la mort, ſi ſon mari ne l'autoriſe : c'eſt donc un état univerſel ; & s'il eſt vrai, comme le dit M. Froland, que le Statut perſonnel univerſel qui a commencé à fixer l'état de la perſonne, ne change pas par le changement de domicile, il faudroit dire qu'une femme mariée dans une Coutume qui l'aſſujettit indéfiniment à la néceſſité de l'autoriſation, devroit toujours être dans cette néceſſité, encore qu'elle allât demeurer dans une Coutume qui l'en affranchiroit : cependant M. Froland place ce Statut parmi les Statuts perſonnels particuliers, qui changent l'état de la perſonne par le changement de domicile.

Si le Statut de l'autoriſation peut être placé parmi les Statuts perſonnels particuliers, il faudra y placer pareillement le Statut qui rend les conjoints communs entre eux ; cependant je ne crois pas que l'on puiſſe dire que les conjoints ceſſeront d'être communs, en changeant de domicile.

M. le P. Bouhier trouve la diſtinction de M. Froland judicieuſe, & il a raiſon : il y a des habilités & inhabilités générales, & il y a des habilités & inhabilités particulieres ; mais en approuvant la diſtinction purement & ſimplement de l'Auteur, ne doit-on pas craindre d'approuver l'application qu'il en fait ?

Je conviendrai volontiers avec M. Froland, & voilà ce qui eſt vrai, que le changement de domicile n'opérera aucun effet par rapport aux Statuts de l'interdiction, de l'émancipation par Lettres du Prince, de la nobleſſe, de l'infamie, &c. Le change-

de domicile eſt abſolument indifférent par rapport à ces Statuts : l'interdit, l'émancipé, l'infame, &c. ſont tels par-tout, quelque nouveau domicile qui ſurvienne ; mais eſt-ce par la raiſon que ces Statuts ont commencé à fixer l'état univerſel de la perſonne ? voilà ce qui eſt obſcur.

En effet, cette raiſon attaque le principe général avoué de tout le monde, qui eſt que notre état perſonnel dépend du domicile actuel ; d'où la conſéquence naturelle eſt que ſi la perſonne change de domicile, & que la Loi de ce nouveau domicile ſoit contraire à l'ancien, il faut que la perſonne change d'état & de condition. *Tota enim perſonæ conditio, & ſtatus regitur à legibus loci cui ipſa ſeſe per domicilium ſubjecit.* Lauterb. de domicilio, Theſ. 69.

Ainſi nos Auteurs ne conſiderent pas ſi le Statut a commencé à fixer l'état & la condition de la perſonne ; ils ne conſiderent que le domicile de la perſonne, & la diſpoſition de la Loi du domicile. Il eſt vrai que de leur principe ils en ont tiré certaines conſéquences que, ni M. Froland, ni moi, nous ne ſaurions approuver, comme lorſqu'ils prétendent que le majeur changeant de domicile, peut devenir mineur, & le mineur devenir majeur ; mais cela fait toujours connoître combien ils étoient perſuadés que le changement de domicile en opéroit dans l'état & condition de la perſonne.

1°. Le principe de M. Froland paroît être tiré de trop loin ; il ne ſe fait pas ſentir : on ne ſait ſur quoi il eſt fondé ; ſi M. Froland ne le propoſoit que comme une remarque, une obſervation qui ſe vérifie en beaucoup d'occaſions, il n'y auroit rien de mieux ; mais pour le propoſer comme principe, capable de détruire & d'anéantir un principe contraire, reconnu de tout le monde, il faut du moins l'accompagner de raiſons également reçues, & c'eſt ce qu'il ne fait pas.

Que répondrons-nous donc ſur la queſtion de M. Froland, au ſujet de l'effet que peut apporter le changement de domicile ſur l'état de la perſonne ? je réponds à cet égard, qu'il faut diſtinguer entre les états & conditions des perſonnes, qui ſont des droits fondés ſur des raiſons publiques, admiſes dans toutes les Nations, & qui ont une cauſe abſolument étrangere au domicile ; en ſorte que le domicile, au jour que l'homme eſt affecté de ces états & de ces conditions, n'y influant en aucune maniere, le domicile nouveau n'y ſauroit influer, mais bien

les raiſons publiques, ſupérieures à celles du domicile, auxquelles toutes les Nations déferent; comme ſont l'interdiction pour démence, ou pour prodigalité, l'émancipation par Lettres du Prince, la naiſſance légitime, la nobleſſe, l'infamie, &c.

Ces états ne changent pas par le changement de domicile: c'eſt pour ces états qu'il eſt vrai de dire, par forme d'obſervation & de remarque, qu'ayant d'abord fixé la condition de la perſonne, le changement de domicile ne les fait pas ceſſer.

2°. Mais il y a des états & des conditions plus ſubordonnées, & qui ſont, à la vérité, des droits publics, mais pour une Nation ſeulement, ou pour quelques Provinces de cette Nation. Tel eſt l'état de commun, ou de non commun entre conjoints; l'état de mari, quant à la puiſſance maritale; l'état d'un pere, quant aux droits réels de la puiſſance paternelle, & ces états ainſi ſubordonnés, ſe varient à l'infini.

En effet, il y en a qui affectent la perſonne, du moins *in vim conventionis tacitæ*. Tel eſt, ſelon le plus grand nombre des Auteurs, le Statut de la communauté, ou de la non communauté entre conjoints.

Il y en a qui affectent la perſonne, *in vim ſolius legis*. Tel eſt le Statut du Sénatuſconſulte Velleien.

De ces Statuts purement légaux, il y en a qui affectent plus, ou moins la perſonne. Par exemple, le Statut qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, affecte, dans certaines Coutumes, la femme, tant pour les actes entre vifs, que pour les actes teſtamentaires. Dans d'autres, comme Paris, elles ne l'affectent que pour les actes entre vifs. Dans certains endroits le défaut d'autoriſation du mari, annulle l'obligation de la femme. Dans d'autres l'obligation n'eſt pas nulle; mais l'exécution en eſt ſeulement ſuſpendue. Dans certains Pays la femme, en puiſſance de mari, n'a aucune adminiſtration de ſes biens: dans d'autres, cette puiſſance ne s'étend que ſur certains biens que l'on appelle dotaux, & la femme a la libre adminiſtration de ſes autres biens que l'on appelle paraphernaux.

De ces Statuts, il doit par conſéquent y en avoir qui ſont perpétuels & immuables, nonobſtant d'ailleurs tout changement de domicile: d'autres qui changent à meſure que le domicile change, & ce, à raiſon de la Loi qui n'a de force & d'empire que dans ſon territoire; mais il n'eſt pas toujours facile de placer chacun de ces Statuts dans la claſſe qui convient.

Une femme, par exemple, eſt domiciliée & mariée dans une Coutume où elle ne peut teſter ſans l'autoriſation de ſon mari. Ce Statut emporte-t-il une convention? Peut-on préſumer que par une convention tacite qui doit être préſomptivement acceptée par le mari, elle ſe ſoit réſervé cette faculté en cas de changement de domicile?

Une femme eſt mariée & domiciliée dans une Coutume où elle ne peut valablement s'obliger ſans l'autoriſation de ſon mari: peut-on préſumer qu'elle ait voulu tellement ſe ſoumettre à ſon mari, que même en changeant de domicile, & allant demeurer en une Coutume où elle peut s'obliger valablement, d'une obligation du moins dont l'exécution eſt ſuſpendue, & qui ne bleſſe pas les intérêts du mari, elle ait renoncé à uſer dans ce cas, de la faculté que toute autre Coutume où ſon mari la tranſporteroit, pourroit lui donner?

On convient qu'il ne faut rien changer dans des conventions permiſes & autoriſées, encore moins dans des conventions matrimoniales: elles ſont ſacrées, elles ſuivent par-tout la perſonne; mais peut-on auſſi préſumer dans tous les contrats de mariage des conventions & des ſoumiſſions tacites à toutes les diſpoſitions de la Coutume où l'on contracte? D'Argentré s'eſt fort récrié contre ce ſyſtême; & M^e Ch. du Molin, qui eſt le premier qui lui ait donné du crédit, ne l'a guères étendu plus loin que le cas de la communauté entre conjoints.

Dans l'occurrence d'un ſi grand nombre de Statuts qui ont des effets ſi différents, comment peut-on ſe tirer d'affaire dans la déciſion des queſtions qui peuvent ſe préſenter? Pour moi je ne vois pas d'autre moyen, 1°. que de ſuivre les principes généraux qui veulent que la perſonne ſoit affectée de l'état & de la condition que lui donne ſon domicile. 2°. De ne déroger à ces principes généraux, qu'autant que l'eſprit de juſtice & la néceſſité de ne pas bleſſer les droits des Parties, pourroient le demander. C'eſt pourquoi, quand la Loi du domicile de la naiſſance annonce un majeur, ce ſeroit une injuſtice, qu'en changeant de domicile, il devînt mineur, comme c'en ſeroit une, que le même domicile de naiſſance le déclarant mineur, & par conſéquent n'ayant pas l'eſprit aſſez mûr pour s'obliger, vendre & aliéner, il fût en état de faire tous ces actes, parce qu'il auroit changé de domicile.

3°. De ne pas bleſſer ces principes, quand d'ailleurs la Loi

fournit un moyen pour remédier au tort que le changement de domicile pourroit cauſer.

Mais diſcutons tout ceci un peu plus amplement.

Le principe de Rodenburgh eſt que l'état & la condition de la perſonne ſont régis par les Loix du domicile.

Ce principe pris généralement, eſt inconteſtable. C'eſt la Loi du domicile actuel qui décide de l'état & de la condition actuelle de la perſonne; de ſorte que la perſonne changeant de domicile, change auſſi-tôt de condition.

C'eſt ainſi que la femme qui, dans le lieu de ſon domicile, avoit beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour teſter, n'aura plus beſoin de cette autoriſation, ſi ſon mari va demeurer dans une Coutume où l'autoriſation ne ſera pas néceſſaire.

La femme domiciliée en Normandie, qui ne pouvoit même, avec l'autoriſation de ſon mari, s'obliger pour autrui, à cauſe du Sénatuſconſulte Velleien qui eſt un Statut perſonnel, le pourra par la ſuite, ſi ſon mari vient demeurer à Paris; mais à cet égard, avec ſon autoriſation : de maniere que les obligations paſſées par la femme, lorſqu'elle étoit domiciliée en Normandie, ſeront nulles, pendant que celles que cette même femme aura paſſées, lorſqu'elle étoit domiciliée à Paris, ſeront valables, & elles ſeront telles dans quelque Coutume que la femme aille demeurer, depuis les avoir contractées; parce que c'eſt le domicile, au moment de chacune de ces obligations, qui décide de la validité, ou de la nullité, puiſque c'eſt le domicile qui a lieu dans le moment de chaque obligation, qui décide de l'état & de la condition de la perſonne.

Chopin, *de moribus Pariſ.* liv. 2, tit. 1, *de ſocietate, ac communione bonor.* agite préciſément notre queſtion. Il cite deux Arrêts des années 1521 & 1548, qui ont jugé en faveur du domicile actuel, quoique l'obligation eût été paſſée par une femme domiciliée ailleurs, & dans une Coutume différente de celle du domicile actuel. *Ponamus Lutetiæ pactas nuptias ubi & contractum æs alienum ab conjuge utroque conſignatis litteris obligato; poſtmodum ambo domeſticas ſedes aliò transferunt, laremque familiarem : iſtic decennio integro commorantur, maritique tandem obitu conjugium dirimitur; cùm autem novi lege domicilii mulier quæ bonis abſtineat communibus, obligatione ſolvatur in perſonam cum viro conceptâ (ut Novioduni ad Ligerim) hæſitatum eſt obligata necne debito anteriori maneret vidua,*

*quod Lutetiæ cum marito simul conflavisset : primâ quidem fronte videbatur inutiliter mutari domicilium tertii dispendio creditoris cui jus semel partum obligatoriis tabulis foret ; nihilo tamen seciùs pro muliere quæ communia bona repudiarat, judiciis definitum fuit supremæ Parisiorum curiæ, Kalend. Febr. an.* 1521, *&* 4°. *id. Juniarum an.* 1548. *Religiosè profectò ; nam conjugum utique inter ipsos connubialia pacta, novato domicilio nequaquam novantur, immutantur. L. exigere dotem, ff. de judic. Verum alterius si rationes spectes magis erit mobilia jura, nomina, & cautiones debitorum traductis aliò domesticis laribus, traduci quoque in legem novi domicilii, eâque lege administrari, muliebrem præsertim obligationem, quæ maritali duntaxat accesserit alieno, etiam mariti jussu contracta : subde quod animi existimatione ipsâ, delectuque sortimur domicilium, Ulpiani opinione in L. assumptio. L.* 27, *D. ad municip. L. cives de incol. lib.* 10, *Cod. Cùm igitur uxorium jus in communes fortunas, earumque onera proprie incohetur viri decessu qui rerum interim dominus prædicatur, intuendum potius domicilium, quod extet tempore soluti, quam initi matrimonii : nimirum ut tempore ex eo de communibus bonis, debitisque conjugum liberius utrinque decidatur.*

M. le Brun de la communauté, *liv.* 2, *ch.* 3, *sect.* 1, *n.* 51, en parlant des deux Arrêts présentement cités par Chopin, & de l'avis de cet Auteur, le contredit par différentes raisons.

On ne suivroit pas aujourd'hui ces deux Arrêts, dit-il, supposé qu'ils aient ainsi jugé : car le domicile dépend plus du mariage que de la mort, pour ce qui concerne les obligations de la femme ; autre chose est pour ce qui dépend des successions, comme le gain des meubles établi au profit du survivant noble qui dépend du dernier domicile ; & si une femme étant mariée & domiciliée à Paris, où elle s'est obligée avec son mari envers plusieurs créanciers, va demeurer & mourir en Normandie, ses obligations ne laisseront pas de devoir être exécutées, quoique le Velleien s'observe en Normandie, parce qu'encore qu'il ne soit pas dit dans son contrat de mariage qu'elle pourra s'obliger, c'est le droit du lieu où elle a été mariée, auquel elle étoit sujette lors des obligations. Or c'est une maxime que le changement de domicile du débiteur ne doit pas changer, ni altérer le droit du créancier. Il est certain même que la validité de l'obligation de la femme, ne dé-

pend, ni de la Coutume qu'elle avoit lors de ſon mariage, ni de celle ſous laquelle elle eſt décédée, mais de la Coutume ſous laquelle elle avoit un domicile fixe & certain lors de l'obligation ; & cette propoſition étant conſtante à l'égard du mari, il eſt indiſpenſable de l'appliquer à la femme qui fixe le véritable domicile du mari. *Maritus ubi uxor.* Que ſi on ſuppoſe une fois la femme valablement obligée, ſon changement de domicile ne peut plus nuire au créancier. Enfin, pour mettre la choſe en regle, il faut dire que la communauté, le douaire & les autres droits du mariage, ſe reglent par la Coutume du domicile, lors du mariage; les obligations par celles du domicile, lors des obligations, & les ſucceſſions des conjoints, & les prérogatives du ſurvivant, par celle du dernier domicile. Voyez M. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 143, où il rapporte un Arrêt du Parlement de Bourgogne, conforme à ce dernier avis.

J'obſerverai, à l'égard des deux Arrêts cités par Chopin, qu'ils ſont rendus dans l'eſpece d'une femme mariée & domiciliée à Paris, & qui s'y étoit obligée avec ſon mari, & qui depuis étoit allée demeurer à Nevers, Coutume où la femme, en renonçant à la communauté, ſe décharge des obligations qu'elle a contractées avec ſon mari ; & c'eſt dans cette eſpece que le Brun, en raiſonnant ſur les Arrêts de Chopin, dit que le domicile dépend plus du mariage que de la mort; c'eſt-à-dire, que dans les eſpeces propoſées, le domicile du mariage, qui étoit celui des obligations, étoit préférable à celui de la mort, qui étoit celui où la femme étoit décédée : car il n'y a pas lieu de croire que le Brun ait voulu que ce fût la Loi du domicile du mariage, comme domicile du mariage, qui décidât de la validité d'une obligation contractée par une femme, avec des tiers. Ce principe ne ſe vérifieroit pas dans l'eſpece d'une femme mariée & domiciliée en Normandie, qui ne peut pas s'obliger pour autrui, & qui en changeant de domicile, le peut, ſelon tous nos Auteurs, ſi le nouveau domicile le permet.

Ainſi le domicile du mariage eſt, à la vérité, immuable quant aux conventions matrimoniales; mais il ne l'eſt pas toujours, quant à la faculté de s'obliger, & quand il eſt queſtion de l'intérêt d'un tiers.

Quant à la diſpoſition de la Coutume du Nivernois, il me ſemble qu'elle ne doit regarder que les femmes mariées, & en communauté de biens, ſuivant ladite Coutume. C'eſt elle ſeule

qui est affectée du mode porté par la Coutume de Nevers, qui veut qu'étant veuves, elles ne soient, en aucuns cas, tenues des dettes de la communauté, en y renonçant.

Ainsi cette disposition ne sauroit concerner toute autre femme qui aura été mariée ailleurs, vînt-elle avec son mari demeurer à Nevers, & y contracter; parce que cette femme s'est soumise à une communauté qui est régie par d'autres Loix que celles du domicile nouveau, & que le droit d'être déchargée des dettes, en renonçant à la communauté, n'est pour elle, ni de convention expresse, ni de convention tacite; ce n'est pas pour elle un privilege qui soit attaché à la sorte de société & communauté qu'elle contracte; c'est pour la femme seule de Nevers: elle est commune sous ce mode & sous cette condition qui passe en convention, & qui ne sauroit profiter qu'aux veuves qui se sont mises en communauté sous ce mode & sous cette condition, & ces réflexions militent absolument contre la disposition des deux Arrêts cités par Chopin.

Au surplus, voici ce que je pense sur la Coutume de Nevers, & la raison que je puis donner de sa disposition; je regarde cette Coutume comme étant entrée sur le Sénatusconsulte Velleien, & comme l'adoptant dans le cas de la renonciation par la femme à la communauté.

Quand la femme accepte la communauté, & qu'elle s'est obligée avec son mari, elle est présumée s'être obligée *in rem suam;* mais quand elle y renonce, elle est regardée comme caution de son mari, & comme telle, la Coutume la décharge, comme le Sénatusconsulte Velleien en décharge les femmes qui ont cautionné leurs maris.

Ainsi j'estime sur cette question, que hors le cas de la femme mariée à Nevers, ou Coutumes semblables, il faut suivre le domicile de la femme au jour des obligations, & non celui du mariage, ni celui de la mort, quand ils ne sont pas ceux au jour des obligations.

Nous avons dit ci-devant que la femme qui, dans le lieu de son domicile, avoit besoin de l'autorisation de son mari pour s'obliger, n'en aura plus besoin, si son mari va demeurer dans une Coutume où l'autorisation ne sera pas nécessaire; mais il y a là-dessus une observation considérable à faire, qui est qu'encore que la femme mariée à Paris, puisse valablement s'obliger sans autorisation, si lors de l'obligation elle se trouvoit domiciliée

ciliée en des endroits du Pays de Droit écrit, ou encore dans des endroits qui n'exigeroient pas d'autoriſation; néanmoins ces engagements ne pourroient pas préjudicier aux droits du mari, en cas qu'il y eût communauté de biens entre eux, parce que le changement de domicile ne fait pas ceſſer la qualité de commun; mais attendu que ces obligations ſont valables en elles-mêmes, les créanciers pourroient ſe venger ſur les biens de cette femme, arrivant la diſſolution de la communauté.

A la différence de celle qui, mariée en Pays de Droit écrit, étant venue demeurer à Paris, contracteroit quelque engagement perſonnel, ſans l'autoriſation de ſon mari; cet engagement ſeroit nul de droit, & ne vaudroit pas même après la mort du mari. Auſſi notre Auteur, qui obſerve que dans la Province d'Utrecht, la femme a beſoin de l'autoriſation de ſon mari pour contracter, remarque que la femme qui s'obligeroit ſans cette autoriſation, ne laiſſeroit pas de contracter une obligation valable qui ne pourroit pas, à la vérité, s'exécuter du vivant du mari, & à ſon préjudice, mais bien après ſon décès ſeulement, *tit.* 4, *cap.* 10, *n.* 8 de la ſeconde Partie du Traité *de Jure conjugum.*

Cette queſtion a diviſé autrefois nos meilleurs Auteurs; Brodeau ſur Louet, *Lett. H, ſomm.* 14, en fait l'obſervation. « C'é-» toit, dit-il, une grande difficulté qui, auparavant la rédac-» tion de la Coutume de Paris, avoit été promenée par le Pa-» lais, l'eſpace de cinquante ans & plus, ſans aucune réſolution » certaine. Meſſieurs Chartier & de Laporte étoient pour la » validité de l'obligation en elle-même, dont l'effet néanmoins » étoit en ſuſpens pendant le mariage. Du Molin & autres » étoient pour la nullité abſolue; l'acte, ſelon ces derniers, » étoit nul dans ſon principe, & ne pouvoit produire aucun » effet, en quelque temps que ce fût.

La difficulté provenoit du différent motif que l'on a donné à la Loi qui a prononcé contre la femme une défenſe de s'obliger & d'aliéner ſans l'autoriſation de ſon mari.

Les uns prétendoient que cette défenſe étoit *propter intereſſe mariti;* &, dans cette vue, ils eſtimoient que l'acte de la femme n'étoit pas nul en lui-même; mais comme il ne pouvoit pas préjudicier au mari, ils en ſuſpendoient l'exécution juſqu'après la diſſolution du mariage.

Les autres eſtimoient que c'étoit *propter fragilitatem ſexûs,*

& ceux-là ne pouvoient s'empêcher de convenir de la nullité de l'acte, la fragilité & le peu de capacité du sexe étant une raison personnelle d'impuissance en la femme; mais cette raison ne paroît pas être véritable: car elle influeroit sur toutes les personnes du sexe en général, à qui il ne seroit pas permis de s'obliger, & cependant, parmi nous, elle n'a lieu que contre les femmes mariées.

Enfin, les autres estimoient que c'étoit, *propter subjectionem mulieris erga virum;* cette raison me paroît être décisive, & elle devoit opérer la nullité de l'acte fait par la femme, sans l'autorisation du mari.

Ce dernier avis a prévalu. Il a passé que l'obligation de la femme en puissance de mari, contractée sans autorisation, est radicalement nulle, & ne sauroit s'exécuter contre la femme, en quelque temps que ce soit, & l'on ne pourroit dire le contraire, qu'en supposant l'obligation valable en elle-même; ce qui ne peut être, n'y ayant point de vice plus radical que l'impuissance & l'inhabilité de l'état de celui qui la passe.

Je ne puis me dispenser de faire ici mention de la savante Dissertation de M. le P. Bouhier, en sa Coutume de Bourgogne, *ch.* 19, *n.* 46, où il allegue une toute autre raison de la nécessité de l'autorisation des femmes par leurs maris, qu'il dit avoir été touchée par Coquille; mais d'une maniere incertaine & douteuse; c'est que la bienséance ne permet pas que les femmes aient aucun commerce, ni communication avec aucun homme, à l'insu de leurs maris; & de cette raison il tire ces conséquences, qu'à la vérité, l'engagement contracté par une femme, sans son mari, est entiérement nul; mais que le seul consentement de son mari & sa présence suffisent, & que son autorisation n'est pas nécessaire. Cependant nos Auteurs, sur la Coutume de Paris, observent que l'autorisation & le simple consentement sont choses fort différentes, & ils s'appuient sur ce que notre Coutume, en l'*article* 223, où il s'agit de ventes, d'aliénations & autres contrats semblables, exige l'autorisation du mari; & que dans l'*article* 224, où il s'agit d'ester en Jugement, il suffit à la femme d'avoir le simple consentement: néanmoins par l'*art.* 234 de cette même Coutume, il est dit que la femme ne peut s'obliger sans le consentement de son mari; mais cela a été interprété d'un consentement portant autorisation, & il est de nos maximes, que

hors le cas d'eſter en Jugement, la femme, pour tous actes, a beſoin d'une autoriſation expreſſe. Voyez *l'Obſerv.* 23.

Mais ce principe que nous venons d'expliquer, qui eſt que la condition & l'état de la perſonne ſont régis ſucceſſivement par les Loix des différents domiciles, ce qui eſt vrai dans la Theſe générale, n'a pas d'application, 1°. quand l'état & la condition d'une perſonne dépendent d'une cauſe fondée en droit public, & admiſe dans toutes les Nations, comme nous l'avons dit ci-devant.

Par exemple, un prodigue jugé prodigue dans le lieu de ſon domicile, & comme tel interdit, ne ceſſera pas en changeant de domicile, d'être interdit dans ſon nouveau domicile, parce que cet état d'interdiction eſt indépendant de tout domicile, étant fondé ſur un dérangement d'eſprit, qui chez toutes les Nations, & de Droit commun, eſt regardé comme nuiſant à la volonté. Un homme jugé infame dans un lieu l'eſt par-tout, nonobſtant qu'il quitte le lieu où il a été déclaré infame, parce que cet état provient d'un châtiment public qui le ſuit par-tout, ſans égard au domicile.

2°. Je n'eſtime pas que le principe général de notre Auteur ait lieu dans le cas de la majorité ou de la minorité ; de maniere que ſi celui qui par la Loi de ſon domicile, eſt majeur à vingt ans, va demeurer dans une Coutume où il en faut vingt-cinq, il devienne auſſi-tôt mineur de majeur qu'il étoit. Je ſais bien que nos Auteurs penſent communément ainſi, & Lauterback qui a fait une Diſſertation *de domicilio, diſput.* 70, *n.* 69, eſt de leur avis. *Hinc ſi quis* 21 *annis major ex foro Saxonico tranſtuliſſet domicilium in forum Wirtembergicum, quamvis ibi major fuerit, (in foro etiam Saxonico majores dicuntur qui vigeſimum primum ætatis annum impleverunt) & omnium majorum jura habuerit, hic tamen eſſet minor, & juribus minorum uti teneretur, ita ut ſine curatoris conſenſu ſeſe contrahendo obligare non poſſet: in hoc enim foro Wirtembergico, ſecundùm juris civilis diſpoſitionem, majores demum dicuntur, poſt completum vigeſimum quintum ætatis annum.* Vid. Nic. Burg. ad conſuetud. Fland. tract. 2, n. 5, & ſeq. Rodemb. tract. de jur. conjug. tit. 2, part. ch. 1, n. 1 & 5, *qui in* ſeq. cap. *explicat pluribus quæ per domicilii mutationem ulterius mutentur, vel in priori ſuo ſtatu durent. Cæterum ſi ille qui* 21, *ſed nondum* 25 *ætatis annum implevit, in utroque & in foro Saxonico, & in foro Wir-*

*tembergico haberet domicilium, haberet in Saxonico ut major; in Wirtembergico ut minor contraheret. In tertio vero loco tutiſſimum eſſet ſi curatorem adhiberet. Vid. tamen* Burg. D. tr. 2, n. 8 & ſeq.

J'ai eſtimé avec Meſſieurs Froland & Maillard le contraire en mes queſtions mixtes, *Diſſert.* 2, par la raiſon que l'homme en naiſſant appartient à la Loi du lieu de ſa naiſſance à raiſon de ſon impuiſſance entiere & naturelle; il eſt ſous ſa protection, & la Loi conſerve ſur lui un droit juſqu'à ce qu'il ſoit en état de diſpoſer de ſa perſonne, outre les inconvénients qui réſultent de l'avis contraire, & que j'ai fait ſentir dans cette Diſſertation.

Mais voici une difficulté conſidérable que fait naître le changement de domicile. Je ſuppoſe une femme domiciliée & mariée dans le Pays de Droit écrit, avec un homme qui y eſt pareillement domicilié; elle a des paraphernaux dont elle a droit & capacité de jouir indépendamment de ſon mari, & ſans que ſon mari puiſſe s'immiſcer dans cette adminiſtration en aucune maniere, ſans le conſentement de ſa femme, *L. 6, C. de revoc. donat. & L. 8, C. de pact. convent.* Son mari vient demeurer à Paris: tombe-t-elle ſous ſa puiſſance, de maniere que dès ce moment elle perde l'adminiſtration de ſes paraphernaux?

Il n'y a pas de difficulté d'abord que cette femme tombe ſous la puiſſance maritale, parce que la Coutume de Paris, qui eſt ſon domicile actuel, met la femme ſous la puiſſance de ſon mari; c'eſt un état perſonnel dont elle eſt affectée.

Mais je dis en même-temps, que quoique cette femme tombe ſous la puiſſance de ſon mari, elle ne perdra pas pour cela l'adminiſtration de ſes paraphernaux, parce que cette adminiſtration lui eſt donnée par ſon contrat de mariage, appuyé de la Loi du domicile matrimonial, & que le mari, par un changement de domicile, ne peut pas faire perdre à ſa femme un droit fondé ſur deux titres auſſi authentiques.

Il eſt vrai, que pour cette adminiſtration, la femme aura dès-lors beſoin de l'autoriſation de ſon mari, parce qu'elle eſt ſous ſa puiſſance; mais c'eſt dans ce cas particulier que le mari ne peut refuſer une autoriſation générale à ſa femme, pour adminiſtrer & recevoir ſur ſes quittances les revenus de ſes biens paraphernaux, & que s'il la refuſe, la femme eſt en droit de ſe

faire autoriſer en Juſtice, parce que le refus du mari eſt injuſte, & c'eſt le cas d'employer la note de Me Ch. du Molin, ſur *l'art.* 214 de la Coutume de Melun, y ayant en ce cas juſte cauſe d'autoriſation.

Par ce tempérament, je donne d'un côté à la Loi du domicile nouveau tout ce qu'elle peut demander, puiſque la femme eſt obligée de ſe faire autoriſer, ou de gré par ſon mari, ou en juſtice à ſon refus, & de l'autre je ne change rien aux droits acquis à la femme par la Loi matrimoniale, puiſqu'elle continuera l'adminiſtration de ſes biens.

Delà il ſuit que ſi la femme avoit reçu depuis ſon changement de domicile, quelques revenus de ſes paraphernaux, ſans l'autoriſation de ſon mari, ou ſans s'être fait autoriſer en Juſtice, le mari ne ſeroit pas en droit de faire condamner le débiteur à payer deux fois: il n'avoit rien dans ces revenus; il eſt vrai que le changement de domicile met la femme ſous l'autorité de ſon mari; mais ce changement ne donne aucun droit au mari ſur les paraphernaux de ſa femme, ainſi la femme a reçu le ſien. Mais pour conſerver la regle, le Juge ordonneroit, ſans doute en mettant hors de Cour, ſur la demande du mari, qu'il ſera tenu dans un certain temps d'autoriſer ſa femme, ſinon, & le dit temps paſſé, qu'elle demeurera autoriſée à ſon refus.

Il ſuit encore que ſi le mari avoit reçu quelques revenus des biens paraphernaux de ſa femme, il ſeroit tenu de les lui reſtituer, & que la femme pourroit le faire condamner, parce que le changement de domicile n'a pu apporter aucun changement dans les droits acquis à la femme en vertu d'une convention permiſe, expreſſe, ou tacite.

Que ſi en changeant l'eſpece, une femme mariée & domiciliée à Paris, avec un homme qui y étoit domicilié auſſi, alloit avec ſon mari en Pays de Droit écrit; dans cette eſpece le changement de domicile ne changeroit pas l'état de la femme par rapport à ſes revenus: car ou elle étoit non commune avec faculté d'adminiſtrer, & elle continueroit d'adminiſtrer comme auparavant, ou ſi elle étoit commune, elle n'en ſeroit pas plus maîtreſſe de ſes revenus, parce que le Droit de communauté qui eſt légal & conventionnel, d'une convention du moins tacite, la ſuit par-tout, & que les conjoints ne ſauroient rien changer dans les conventions qui les reglent.

C'eſt pourquoi notre Auteur décide que le changement de

domicile depuis le mariage, ne peut opérer aucun changement dans l'état de commun ou de non commun, à cauſe de la convention expreſſe ou tacite, qui ne ſauroit être altérée, ni anéantie par un ſimple changement de domicile; autrement le Droit des conjoints ſeroit trop vacillant & trop incertain, & entiérement dans le pouvoir du mari qui eſt toujours le maître de changer de domicile, & ce ſeroit ouvrir une voie au dol, à la fraude, ou aux avantages indirects; en ſorte qu'il eſt plus de la regle & de la Juſtice, de s'en tenir à la Loi du domicile matrimonial.

Ce que nous venons de dire du changement de domicile, en ce qui concerne la ſimple adminiſtration des biens de la femme, donne lieu à une queſtion plus importante, & qui regarde la propriété des biens?

Que dirons-nous ſi la femme mariée & domiciliée en Pays de Droit écrit, ayant des paraphernaux qu'elle peut aliéner, ſans l'autoriſation de ſon mari, va demeurer en Coutumes où la femme eſt ſous une dépendance entiere de ſon mari, & où elle a beſoin de ſon autoriſation pour aliéner ſes biens.

M. Froland propoſe, *ch.* 4, nommément cette queſtion; mais les grandes difficultés qu'il entrevoit, lui font dire qu'il ne ſait à quel autel adreſſer ſes vœux pour en parler juſte; il ſe livre néanmoins au combat, après avoir imploré *l'aſſiſtance des Muſes.*

Il diſtribue d'abord ſon examen ſous trois objets. Eſt-ce la Coutume du domicile actuel, au moment de la diſpoſition, qu'il faut ſuivre? Eſt-ce la Coutume de la ſituation des biens? Eſt-ce celle du lieu où le contrat de mariage a été paſſé?

Il propoſe à ce ſujet tout ce qui peut rendre aſſurément des queſtions difficiles, abſtraites & preſque ſans réſolution. Enfin il déclare que l'opinion de ceux qui ſe déterminent en faveur de la Loi où le contrat de mariage a été paſſé, paroît la plus ſoutenable, quoiqu'elle ait pourtant ſes difficultés.

M. Froland ſe déterminant pour la Loi du contrat de mariage, par préférence à la Loi de la ſituation & à celle du domicile, au jour que la femme a diſpoſé de ſes biens, il faut néceſſairement qu'il préſuppoſe une convention, ſoit expreſſe, ſoit tacite, de la part des conjoints, portant que la femme reſteroit maîtreſſe d'aliéner ſes paraphernaux, conformément à la Loi du lieu où le contrat de mariage eſt célébré; mais ce

ſyſtême de convention tacite n'eſt pas admiſſible dans tous les cas, comme je l'ai fait voir ci-devant.

Examinons donc cette queſtion : elle eſt effectivement difficile ; c'eſt, ſi l'on veut, un vrai labyrinthe ; mais en ne quittant pas le fil, nous ne ſaurions nous égarer.

Nous avons fait voir ci-devant que la femme domiciliée dans une Coutume qui l'aſſujettit, ou qui l'exempte de l'autorité de ſon mari, porte cet état de dépendance, ou d'indépendance dans toutes les Coutumes où elle peut avoir des biens, parce que cet état eſt perſonnel.

Delà il me paroît néceſſaire de conclure, que ſi la femme change de domicile, elle peut pareillement changer d'état & de condition, devenir dépendante, d'indépendante qu'elle étoit, *& vice verſâ*, & par conſéquent qu'elle pourra, ou ne pourra pas diſpoſer de ſes paraphernaux, ſelon l'état que lui donnera ſon domicile actuel.

Je parle dans la Theſe générale, & en n'enviſageant la queſtion que par les grands principes ; mais ſi d'autres conſidérations s'y trouvent mêlées, la déciſion peut être différente, ſelon que ces conſidérations ſont plus, ou moins ſupérieures.

Par exemple, c'eſt une femme qui eſt mariée à Paris, & qui eſt en communauté avec ſon mari : elle a des biens à Aix, ou à Toulouſe ; ſon mari va demeurer dans l'un de ces Parlements, pourra-t elle vendre ſes biens d'Aix, ou de Toulouſe, ſans l'autorité, ou le conſentement de ſon mari ?

Dans cette eſpece je réponds qu'elle ne le pourra pas, parce que la femme eſt mariée à Paris ; que dans le Pays Coutumier tous les biens de la femme en communauté, ſont biens dotaux ; qu'elle eſt préſumée les lui apporter comme tels, & que ces biens, comme dotaux, ſont encore moins aliénables à Aix & à Toulouſe, que dans les Pays Coutumiers, & que dans ces Provinces, ainſi qu'à Paris, le mari a de droit l'adminiſtration des biens dotaux pendant le mariage ; en ſorte que le changement de domicile ne ſauroit faire ceſſer le droit du mari, & cette premiere eſpece n'eſt pas difficile.

Mais ſi la femme mariée à Paris, étoit non commune en biens, & ayant l'adminiſtration d'iceux, & qu'elle & ſon mari vinſſent demeurer à Aix, ou à Toulouſe, je dis, dans cette eſpece, que ſtrictement parlant, elle pourra vendre ſes biens ſans autoriſation, fuſſent-ils ſitués à Paris, parce qu'elle n'eſt

plus ſous l'autorité de ſon mari qui n'eſt aucunement intéreſſé à cette vente, & je dis que la vente ne pourra être attaquée en aucune maniere, ſi le prix en a été employé.

Mais ſi le prix du fonds vendu n'avoit pas été employé, je doute fort que l'on goutât cette déciſion dans le Pays Coutumier, ſi la conteſtation y étoit portée, parce que, dans le Pays Coutumier, le mari, quoique ſéparé de biens, ou non commun, doit à la femme le remploi de ſes biens vendus pendant le mariage.

Cependant à raiſonner par ſuite de principes, il faudroit dire que le mari, dans ce cas, ne ſeroit nullement tenu du remploi, quand même les conjoints reviendroient demeurer à Paris, puiſque cette vente a été faite à ſon inſu, & qu'il n'a pas pu l'empêcher; le tout *ſalvâ fraude.*

Auſſi dans le Pays Coutumier, le mari n'eſt reſponſable du prix des biens immeubles de ſa femme, vendus, que parce qu'il l'autoriſe, & que parce que par l'autoriſation qu'il donne, il s'aſſujettit à veiller au remploi.

Mais ſi le mari n'autoriſoit pas ſa femme, & qu'elle fût autoriſée en Juſtice, ſans être aſſujettie au remploi, il me paroît que le mari ne pourroit plus, raiſonnablement, être reſponſable des deniers. C'eſt le fait du Juge & non du mari.

Quand donc il n'y a rien du fait du mari, comme dans l'eſpece d'une femme qui vend, ſans conſulter ſon mari, & qui n'a beſoin, ni de ſon conſentement, ni de ſon autoriſation, & lorſqu'on ne ſauroit imputer aucune fraude au mari, je ne puis concevoir ſur quel fondement on aſſujettiroit le mari au remploi.

Faiſons une autre eſpece, & enviſageons la femme mariée dans un Parlement où elle a la libre diſpoſition de ſes paraphernaux. Il ſemble que cette libre diſpoſition faſſe partie de ſes conventions matrimoniales; que ſans ſon fait, & par un changement de domicile qui eſt du fait de ſon mari, elle ne ſauroit perdre un pouvoir que la Loi lui donnoit; mais remarquez que par la perte que fait la femme de ce pouvoir, le mari n'en devient pas plus riche; qu'à l'égard des fruits de ſes paraphernaux, ils ne ſauroient jamais appartenir au mari en quelque endroit qu'il établiſſe ſon domicile, fût-ce en Pays coutumier, & que la femme, comme je viens de l'obſerver, peut ſe faire autoriſer pour toucher malgré ſon mari; & quant au droit de vendre

ſes

ſes paraphernaux, ſans autoriſation, il eſt vrai qu'elle le perd, puiſqu'elle tombe ſous ſa dépendance, & que ſon état eſt néceſſairement changé; mais cette dépendance ne ſauroit lui être fort à charge, puiſque ſi la femme a juſte cauſe pour vendre, & que ſon mari refuſe de l'autoriſer, elle obtiendra cette autoriſation du Juge, en connoiſſance de cauſe. Quoi qu'il en ſoit, on ne doit point facilement s'écarter des regles générales; & tout ce que l'on peut faire, c'eſt de les faire fléchir ſous certaines circonſtances, pour d'un côté ne pas enfreindre ouvertement la Loi, & de l'autre ne pas tomber dans une injuſtice évidente.

J'ai propoſé ce ſyſtême dans mes Démiſſions, *quæſt. 6, pag.* 136, & en mes Diſſertations, *quæſt.* 19, & c'eſt à ce ſujet que M. Froland, *pag.* 1143 de ſes Mémoires ſur les Statuts, a dit que ce ſyſtême paroiſſoit aſſez bien imaginé; mais qu'il connoiſſoit bien des perſonnes qui ne s'en accommoderoient pas, & qu'il eſt bon de ſe former, autant qu'il eſt poſſible, des principes plus généraux, & de ne pas s'aſſujettir à ces diſtinctions très-fréquentes qui ne ſervent ſouvent qu'à jetter l'eſprit dans l'erreur, & à ſuſciter des procès par la difficulté qu'il y a de connoître, ſi l'on eſt dans le cas de la diſtinction, ou ſi l'on n'y eſt pas.

Il eſt ſurprenant d'entendre ici parler M. Froland, lui qui dans ſes différents Ouvrages, prétend, en tant d'endroits, que des principes généraux ne peuvent ſervir à décider un grand nombre de queſtions qu'il agite, & qui emploie ſi ſouvent des diviſions & des *ſubdiſtinctions*.

En effet il faut convenir que par rapport à l'application qu'on peut faire des principes dans l'uſage du commerce & de la ſociété civile, & dans l'adminiſtration de la Juſtice, il n'eſt pas toujours poſſible, ni convenable que des principes généraux on tire des concluſions rigidement logiques: les Loix l'ont prévu elles-mêmes; elles ont décidé que dans le droit, & par conſéquent dans la déciſion des affaires & dans les Tribunaux, il étoit difficile de ne pas admettre des exceptions, lorſqu'elles étoient néceſſaires pour le bien de la Juſtice & l'arrangement des différents intérêts des particuliers.

C'eſt pourquoi je ne vois pas comment on peut blâmer dans l'application des Loix l'uſage des diſtinctions, des diviſions, & quelquefois même des ſubdiviſions, quand elles conſervent

les principes autant qu'il ſe peut, & qu'elles ne s'en écartent que pour le bien de la ſociété.

Dans la Morale & dans la Diſcipline Eccléſiaſtique, combien d'exceptions, de modifications, d'adouciſſements, d'exemptions n'eſt-on pas obligé d'autoriſer dans l'exécution des préceptes?

Ne blâmons donc pas les exceptions & modifications que l'on eſt forcé ſouvent d'admettre dans l'uſage des principes civils. Ramenons toujours ces principes à ce qui peut concourir au bien public. Ne les bleſſons pas; mais bleſſons encore moins la droite raiſon; c'eſt elle qui les a introduits, & c'eſt la raiſon qui les interprete & qui les applique.

Mais enfin M. le Préſident Bouhier, *ch.* 23, *n.* 3, paroît convaincu de la réflexion de M. Froland, & il dit qu'on ne peut nier que M. Froland n'ait raiſon en ce point. Il eſt en conſéquence ſurpris de le trouver ſi flottant ſur le principe général qu'il doit adopter pour la réſolution de ces queſtions.

Ce que propoſe ce Magiſtrat, à cette occaſion, eſt aſſurément ce qu'il y a de plus ingénieux & de plus ſenſé. On demeure, dit-il, preſque généralement d'accord, que la Loi du domicile matrimonial détermine l'état de la femme, & par conſéquent l'étendue du pouvoir qu'a le mari ſur elle, & l'on ne voit pas comment cet état, une fois déterminé, pourroit changer par une ſimple tranſlation de domicile, faite par le mari.

Une femme qui ne peut rien faire ſans autorité de ſon mari, deviendroit tout d'un coup, par un changement de domicile, libre de cette ſujétion, & enſuite y retomberoit, ſi ſon mari retournoit dans ſa premiere demeure. L'état des femmes dépendroit du caprice des maris.

Quoi! une femme a contracté ſur la foi d'une Coutume qui lui permet la libre adminiſtration de ſes paraphernaux, même de teſter de ſes biens, ſans l'autoriſation de ſon mari, & cette femme ſeroit privée d'un auſſi précieux avantage, par un changement de domicile qu'elle ne peut empêcher : ce ſeroit heurter de front la regle qui ne permet pas qu'on nous enleve, ſans notre fait, un droit qui nous appartient, & voilà pourtant le principe des partiſans de l'opinion contraire.

On ne peut pas dire que la femme ſe ſoumette même tacitement aux Loix du nouveau domicile: elle ne fait qu'obéir.

Tout ce que propoſe ce Magiſtrat, peut ſe réduire à deux objections : la premiere regarde les principes en eux-mêmes ; la ſeconde regarde les inconvénients, faute de ſuivre ces principes.

M. le P. Bouhier ne veut pas que la femme puiſſe changer l'état & la condition que lui donne la Loi matrimoniale ; mais n'eſt-il pas des principes que la Loi du domicile actuel doit régler l'état & la condition de l'homme en général ? Pourquoi en excepterions-nous la femme ? Où eſt la Loi qui l'excepte ? Et de quel droit un Juriſconſulte mettra-t-il des exceptions, quand la Loi n'y en met pas ?

Mais nous y en mettons nous-mêmes, dira-t-on, puiſque nous ſommes forcés de convenir que le changement de domicile ne fait pas perdre à la femme les droits qui lui ſont acquis ſur ſes paraphernaux. Cela eſt encore vrai ; mais en cela nous parlons comme la Loi qui ne permet pas qu'on nous enleve un droit acquis, ſans notre fait, & malgré nous.

Ainſi, par mon ſyſtême, je conſerve tous les principes. La Loi du domicile regle l'état & la condition de la perſonne ; je rends la femme de l'état qu'elle doit être par la Loi de ce nouveau domicile.

Mais comme ce choix de domicile eſt le choix de ſon mari, & non le ſien, & qu'il ne doit pas dépendre du mari de fruſtrer ſa femme de droits pécuniaires, pour s'enrichir lui-même ; je fais valoir la regle qui ne veut pas que nous puiſſions perdre un droit acquis contre notre gré, ou ſans notre conſentement, en ſorte que ma diſtinction que M. Froland trouve être bien imaginée, mais dont il ne s'accommode pas, non plus que M. Bouhier, conſerve, & les principes de regle, & les principes d'équité.

La femme qui change de domicile, change d'état, parce que les principes veulent que le domicile actuel régiſſe l'état & la condition de la perſonne.

Dites le contraire, vous décidez contre le principe admis univerſellement, vous y dérogez ; & quel eſt le particulier qui ait ce droit ? Il faut attendre l'autorité du Légiſlateur.

Mais quoique cette femme change d'état, elle ne perd pas les droits qui lui ſont acquis, & dont la perte pourroit enrichir ſon mari, au préjudice d'elle-même, parce qu'il eſt un autre

principe qui eſt que le mari ne peut pas arbitrairement s'avantager aux dépens de ſa femme, ni la priver des droits qui lui appartiennent.

Si on travailloit jamais à une réformation de Loix, on pourroit embraſſer la déciſion de M. le Préſident Bouhier, en fixant irrévocablement l'état de la femme, par la Loi de ſon domicile matrimonial : encore ce parti auroit-il bien des inconvénients ; mais enfin il faudroit pour cela une vraie réforme ; il faudroit qu'une Loi nouvelle dérogeât à l'ancienne. Juſques-là le Juriſconſulte a-t-il d'autre parti à prendre, que de ſuivre les Loix ſubſiſtantes, & d'arranger ſes déciſions, de maniere que dans la variété & la contrariété des Loix, on les offenſe le moins qu'on peut ? C'eſt ſur ces idées que je me ſuis déterminé dans la plupart de ces queſtions.

Je ſens bien que la convention préſumée ſeroit ici d'un grand ſecours, & j'avouerai ingénument qu'elle ſeroit plus raiſonnablement admiſſible en cette occaſion, qu'en beaucoup d'autres ; mais cette convention préſumée ne ſeroit néceſſaire à la femme, ou que pour la conſerver dans ſon indépendance, ou pour la contenir dans la ſujétion dans laquelle la Loi du domicile matrimonial l'a placée ; ainſi elle ne ſeroit que contre le droit public de l'endroit où elle pourroit aller demeurer. Mais pourquoi imaginer une convention pour opérer cet effet ? Les Loix d'une Province ſont-elles à ménager ſi peu, & j'oſe dire même, ſans preſque aucune néceſſité ?

En effet, ſi la femme eſt mariée dans une Coutume de dépendance, elle y reſte, ſelon mon ſyſtême, dans tout ce qui peut intéreſſer ſon mari, & dans le ſurplus, *quæ invidia* qu'elle acquiere la franchiſe de toutes les autres femmes avec qui elle vit.

Que ſi une femme eſt mariée dans une Coutume d'indépendance, elle la perd, à la vérité, dans mon ſyſtême, mais pour la forme ſeulement, & pour la manutention des Loix ; mais d'ailleurs elle peut avoir recours au Juge qui ne ſauroit ſe diſpenſer de lui rendre l'exercice que lui donnoit ſon indépendance originaire.

Dans le temps que j'écris ceci, & que j'obſerve que le changement de domicile des conjoints ne peut opérer aucun changement dans leur état de commun, ou de non commun, voici l'eſpece ſur laquelle on me conſulte.

Un mari & une femme domiciliés en Normandie, & mariés ſuivant cette Coutume, ſont venus, quelques années après, s'établir à Paris.

Ils ont acquis, pendant leur mariage, & depuis leur tranſlation de domicile à Paris, une Ferme au Pays de Caux, quelques autres Fermes & héritages ſitués dans l'étendue générale de la Province de Normandie, les uns en Bourgage, & les autres hors Bourgage; plus, une charge de Secrétaire du Roi du Grand-College, & quantité d'effets royaux.

Le mari eſt décédé domicilié à Paris; cela poſé, la queſtion étoit de ſavoir quels ſeroient les droits de la veuve. Dans cette eſpece, j'ai eſtimé que le mariage ayant été contracté en Normandie, entre perſonnes y domiciliées, leurs biens qui avoient leur ſituation en Normandie, devoient ſuivre l'Art. 329 de la Coutume de cette Province; qu'à l'égard des effets royaux, qui étoient tous effets mobiliers, il falloit ſuivre la Loi du domicile mortuaire, ainſi que pour la Charge de Secrétaire du Roi du Grand-College, & effectivement il eſt intervenu deux Arrêts, l'un en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, & l'autre en la troiſieme Chambre des Enquêtes, qui l'ont jugé ainſi. Voyez *l'Obſervation* 29.

Le changement de domicile peut encore faire naître quantité de queſtions au ſujet de la puiſſance paternelle.

J'ai déja traité de cette puiſſance paternelle en la *Queſtion* 20 de mes *Diſſertations Mixtes*, où j'ai agité pluſieurs queſtions ſur cette matiere; mais M. le Préſident Bouhier, en ſa Coutume, *ch.* 22, *n.* 18, me fournit l'occaſion d'en traiter encore pluſieurs autres; ce qui pourra ſervir de ſupplément à ce que j'ai déja dit.

Un enfant qui eſt ſous la puiſſance paternelle, ceſſera-t-il d'y être, s'il change de domicile, ſans le conſentement de ſon pere, & va demeurer dans un lieu où le pere n'a pas ſon fils ſous ſa puiſſance? *Premiere Queſtion.*

Ceſſera-t-il encore d'y être, ſi c'eſt le pere qui change de domicile, & qui vient demeurer dans une Coutume qui n'admet pas la puiſſance paternelle? *Seconde Queſtion.*

Sera-t-il émancipé par le mariage, ſi le nouveau domicile du pere le veut, & que celui de la naiſſance, ou du domicile précédent ne le veuille pas? *Troiſieme Queſtion.*

Ce pere perdra-t-il dans le changement de domicile la pro-

priété des meubles que lui accordoit cet ancien domicile, & la jouiſſance des biens de ſes enfants? *Quatrieme Queſtion.*

Nous avons dans le Royaume, par rapport à la puiſſance paternelle, des Juriſprudences bien différentes. M. Bretonnier dans ſon Recueil Alphabétique, *verbo* puiſſance paternelle, en fait l'obſervation. Par exemple, dans les Pays de Droit écrit, les enfants en puiſſance paternelle ne peuvent abſolument teſter; leur teſtament, fait en cet état, n'eſt pas valable, même après la mort de leur pere, ſi ce n'eſt de leur pécule, *caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe*, L. 19, *quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.*

Mais dans le Parlement de Bourgogne, les enfants étant ſous la puiſſance paternelle, peuvent teſter avec la permiſſion de leur pere, & ſans cette permiſſion, ils ne peuvent faire aucune diſpoſition, de derniere volonté, au profit d'autres perſonnes que le pere. Voyez Taiſant, *tit.* 6, *art.* 3, *n.* 2. J'ai ſur cela cité en ma Diſſertation 20, *pag.* 438, un Arrêt rendu en ce Parlement, le 19 Juillet 1726, & il y en a encore un autre plus récent rendu en ce même Parlement, le 21 Avril 1730, *conſultis claſſibus*, que M. le P. Bouhier m'a envoyé, & que l'on trouvera à la fin de ce volume.

Dans les Pays de Droit écrit, le pere jouit des fruits de tous les biens de ſes enfants ſous certaines exceptions.

Au contraire, la Coutume de Poitou, outre l'uſufruit, donne au pere la propriété de certains meubles.

Dans les Pays de Droit écrit, reſſortiſſants au Parlement de Paris, le mariage émancipe; Ricard des *Donat. part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 5, *n.* 287; Brodeau, *Lettre M. ch.* 18, & dans les Parlements de Bordeaux, Toulouſe, Provence, il n'émancipe pas.

Pareillement dans tout le Pays Coutumier le mariage émancipe à la réſerve de quelques Coutumes, comme Poitou, qui déſire, à l'égard des Nobles, une émancipation expreſſe, & à l'égard des roturiers, il faut avec le mariage un ménage ſéparé par an & un jour, ce qui emporte une émancipation tacite. Celle de Saintonge requiert pareillement une habitation ſéparée, &c.

## *PREMIERE QUESTION.*

Je demande pour premiere queſtion, ſi ſuppoſé qu'un fils ſoit né d'un pere domicilié dans une Coutume ou autre en-

droit, où les enfants ſont ſous la puiſſance de leur pere, que ce fils aille de ſon chef, & ſans le conſentement de ſon pere, demeurer dans une Coutume qui n'admet pas cette puiſſance paternelle, il en ſera exempt.

D'Argentré a décidé cette queſtion, *art.* 500 de la Coutume de Bretagne, ſur ces mots *domicile ſéparé.* Dans cette Coutume la puiſſance paternelle eſt perpétuelle; c'eſt-à-dire, que les peres conſervent ſur leurs enfants droit de puiſſance paternelle, à quelque âge que ces enfants puiſſent parvenir.

Mais il y a dans cette Coutume trois voies pour ſortir de la puiſſance paternelle : la premiere eſt celle de l'émancipation que le pere ne peut faire, ſi l'enfant ne le requiert; la ſeconde eſt le mariage du fils contracté du conſentement du pere; & la troiſieme eſt, ſi le fils, après l'âge de vingt-cinq ans, a domicile ſéparé de ſon pere, *art.* 498.

C'eſt ſur ces mots, *domicile ſéparé*, que d'Argentré propoſe comment le pere peut empêcher que ſon fils ſorte de ſa puiſſance par un *domicile ſéparé*, & il dit que ſi le fils n'eſt pas âgé de vingt-cinq ans, il ne ſauroit avoir de *domicile ſéparé*, & que juſqu'à vingt-cinq ans, *pater jure paterno poteſt compellere filium non maritatum, ſecum habitare ;* mais qu'après vingt-cinq ans, ſi le fils prend un *domicile ſéparé*, n'étant pas marié, le pere *poteſt proteſtari ad impediendam præſumptionem tacitæ emancipationis, quoad filius ſit maritatus, etiam uſque ad ſexageſimum annum, & ita eum retinere poteſt in poteſtate.* Voyez la Loi 1, & la gloſe *in verb. diu. C. de pat. poteſt.* Voyez auſſi la Novelle 25 de l'Empereur Léon.

L'on voit que le pere ne peut pas par le ſeul fait de ſon fils, perdre les droits de puiſſance paternelle, ſi ce n'eſt que la Loi du domicile du pere, les lui faſſe perdre dans certains cas ſur la préſomption de la volonté du pere qui ne réclame pas, quand il le peut.

## *DEUXIEME QUESTION.*

Mais ſi le pere venoit lui-même demeurer en un Pays de Coutume où la puiſſance paternelle ceſſe, le pere perdroit-il les droits de puiſſance paternelle par la tranſlation de ſon domicile? ou même les acquerroit-il en venant demeurer dans un Pays de puiſſance paternelle?

Voici quel a été le plan général de ma Diſſertation 20, au ſujet de la puiſſance paternelle : je me crois obligé de l'expoſer ici, parce qu'il me paroît que M. le P. Bouhier ne l'a pas bien ſaiſi, *ch.* 22, *n.* 18.

J'ai eſtimé, *pag.* 407, que de même que le domicile de la naiſſance détermine dans les enfants l'état & la condition de majeur ou de mineur, ſans que le changement de domicile poſtérieur des peres & meres pût changer & altérer l'état dans lequel leurs enfants ſont nés, de même le domicile de la naiſſance déterminoit ſi l'enfant étoit, ou n'étoit pas ſous la puiſſance paternelle; de ſorte que l'enfant né à Paris, d'un pere domicilié à Paris, où l'on ne reconnoît pas la puiſſance paternelle, n'étoit pas ſous la puiſſance de ſon pere, quoique ſes peres & meres euſſent été mariés en Pays de Droit écrit.

*Vice verſâ*, le fils étant né en Pays où la puiſſance paternelle a lieu, j'ai dit, *pag.* 445, que le fils reſtoit ſous la puiſſance paternelle, nonobſtant le changement de domicile.

Mais j'ai diſtingué deux choſes dans la puiſſance paterenelle les Droits réels d'une part, & les Droits honorifiques & de ſupériorité qui conſtituent les enfants dans certaines incapacités perſonnelles.

J'ai eſtimé, *pag.* 441, que les droits perſonnels étoient régis par la Coutume de la naiſſance, & ſe portoient même dans toutes les autres Coutumes.

Quant aux droits réels, j'ai diſtingué les meubles d'avec les immeubles : j'ai cru à l'égard des immeubles, que conformément à l'Arrêt de Bance de 1695, il falloit ſuivre la ſituation des biens, que cet Arrêt s'étoit renfermé dans la Loi de la ſituation, encore même que le pere n'eût pas ſes enfants ſous ſa puiſſance: ces ſortes de droits réels étant accordés à la paternité : & quant aux meubles, j'ai dit, *pag.* 445, que tout le mobilier qui pouvoit appartenir à la fille née en Auvergne, devoit être réglé par la Coutume d'Auvergne, comme Coutume de la naiſſance.

Ainſi j'ai eſtimé, 1°. que pour décider ſi l'enfant eſt, ou n'eſt pas ſous la puiſſance de ſon pere, quant à certains droits d'autorité de la part du pere & de ſujétion de la part des enfants, il falloit ſe fixer à la Loi de la naiſſance, & que le changement de domicile du pere ne change en rien, ce que le domicile de la naiſſance a réglé & défini à cet égard.

2°. Mais

2°. Mais quant aux droits ſur les biens, j'ai diſtingué les meubles d'avec les immeubles.

Quant aux immeubles, le changement de domicile n'opere rien, parce que les droits dépendent uniquement de la ſituation.

Quant aux meubles, j'ai cru que le changement de domicile ne faiſoit pas perdre au pere des droits une fois acquis ſur iceux, & que ſi les meubles, par le changement de domicile, changeoient de ſituation, ce ne pouvoit pas être au préjudice des droits acquis par le pere.

Voilà le précis de ma Diſſertation 20, & je n'y trouve pas ce que M. le P. Bouhier a rapporté comme de moi, *ch.* 22, *n.* 18.

Je ſais qu'il y a bien du pour & du contre ſur toutes ces queſtions; qu'elles ſont épineuſes, & que la ſolution en eſt très-difficile.

En effet, pour commencer d'abord par ce qui eſt vraiment perſonnel dans la puiſſance paternelle, on dira d'un côté en faveur du lieu de la naiſſance, que la puiſſance paternelle eſt fondée dans la nature : elle naît avec la paternité, & il ſemble que ce ſoit la Loi de la naiſſance qui en doive fixer les droits, & que ces droits doivent être immuables & indépendants de tout changement de domicile, à l'exemple de la majorité qui ſe regle par la ſeule Loi de la naiſſance, comme j'ai tâché de le prouver en ma Diſſertation 20 : les raiſons que j'ai alléguées à cet égard, me paroiſſent devoir militer pour la puiſſancepaternelle.

Nous trouvons dans les Loix & dans nos Coutumes les différentes manieres dont les enfants peuvent ſortir de la puiſſance paternelle. C'eſt, ou par l'émancipation, ou par le mariage, ou par une demeure ſéparée contre laquelle le pere n'a point proteſté. C'eſt l'Epiſcopat, quant aux Dignités Eccléſiaſtiques; ce ſont le grandes Dignités du Royaume, quant aux Dignités Laïques; mais nous ne voyons pas que le changement de domicile du pere ſoit marqué en aucun endroit *tanquam modus tollendæ patriæ poteſtatis.*

D'Argentré dit que la puiſſance paternelle eſt une choſe ineſtimable, *res inæſtimabilis ;* & ſeroit-il poſſible qu'un Droit ſi précieux fût auſſi fragile, & fût expoſé à toutes les viciſſitudes que le hazard des différents domiciles pourroit faire naître?

D'un autre côté, nous avons un principe qui eſt que l'état

& la condition d'une perſonne dépendent abſolument de la Loi de ſon domicile actuel. Ce principe eſt écrit dans tous nos Livres.

Mais la puiſſance paternelle, dans ſes effets perſonnels, n'imprime-t-elle pas dans le pere & dans les enfants un certain état & une certaine condition? & cette impreſſion légale ne ſe fait-elle pas ſentir, principalement par rapport aux enfants, puiſqu'ils ſont dans des incapacités perſonnelles, & qu'ils ne peuvent diſpoſer de leurs actions & de leurs perſonnes?

Si le changement de domicile n'opéroit pas, dans les enfants, un changement d'état & de condition, il en réſulteroit du trouble dans l'ordre civil, qui tourneroit au détriment du public. Un pere Breton qui viendroit demeurer à Paris, y apporteroit ſon droit de puiſſance; ſes enfants y apporteroient leurs incapacités perſonnelles; ſeuls dans toute l'étendue d'une Coutume, ils ſeroient d'un état différent des autres Citoyens. Un fils Breton, âgé de ſoixante ans, qui auroit encore ſon pere, ne pourroit pas emprunter ſans ſon conſentement. Le fils eût-il vingt ans de domicile à Paris, ſeroit ſous les liens de la puiſſance paternelle, & le domicile public deviendroit un piege pour ceux qui contracteroient avec lui.

M. le P. Bouhier, dans ſon Commentaire ſur la Coutume de Bourgogne, a agité, *ch.* 22, *n.* 16, la queſtion préſente; ſavoir, ſi un pere qui a une fois acquis le droit de puiſſance paternelle ſur ſes enfants, avec toutes ſes dépendances, en vertu de la Loi de ſon permier domicile, le perd par la tranſlation de ſa demeure dans un lieu où les droits uſités de cette puiſſance, ne ſont pas reçus & accoutumés: ſi étant domicilié dans ce dernier lieu, & établiſſant enſuite ſon domicile dans une Province où la puiſſance paternelle a tout ſon effet, il peut l'exercer ſur les biens de ſon domicile.

Sur ces queſtions, M. le P. Bouhier eſtime que la réſolution dépend du temps où ſe fait la tranſlation de domicile: que ſi alors le droit de puiſſance eſt acquis au pere, il doit lui demeurer avec toutes ſes dépendances, en quelque endroit qu'il aille demeurer; que ſi au contraire il ne lui eſt pas encore acquis, en ce cas il ne peut le prétendre, qu'autant que la Coutume de ſon nouveau domicile le lui accorde, & c'eſt à lui à s'imputer d'avoir fait la faute de quitter ſa premiere réſidence.

Si je comprends bien cette déciſion, M. le P. Bouhier penſe

que ſi lors de la naiſſance de l'enfant, le pere eſt domicilié dans un Pays qui lui donne droit de puiſſance paternelle, il ne perd pas le droit ſur cet enfant, par un changement de domicile; que s'il va demeurer dans une Coutume, ou dans un Pays qui ne lui donne pas ce droit, & que là il lui naiſſe un enfant, cet enfant né dans une Coutume de liberté, ne ſera pas ſous la puiſſance de ſon pere qui doit s'imputer d'avoir changé ſon premier domicile.

J'ai donc penſé, comme M. le P. Bouhier, par rapport au lieu qui détermine ſi l'enfant eſt, ou n'eſt pas ſous la puiſſance paternelle, & j'ai cru, comme lui, que ce droit une fois acquis, ſe portoit par-tout, en ce qui regarde les droits de puiſſance & d'autorité du pere, & les incapacités & ſujétions perſonnelles des enfants.

Mais avant que de paſſer plus avant, qu'il me ſoit permis de propoſer une grande difficulté contre cette déciſion. Je ſuppoſe un pere qui, pendant ſon mariage, a changé de pluſieurs domiciles, dont les uns admettent la puiſſance paternelle, les autres la rejettent. Or, en ſe déterminant par les Loix de la naiſſance des enfants, un pere demeurant en Pays de puiſſance, & à qui il ſera né un fils, l'aura en ſa puiſſance. Il va demeurer en Pays où la puiſſance n'a pas lieu, & y a un fils; ce fils ne ſera point ſous la puiſſance paternelle. Ainſi de pluſieurs enfants de même pere, les uns ſeront ſous la puiſſance, & les autres n'y ſeront pas.

Quel affreux mêlange & que d'embarras! Il faudra, quand on voudra contracter, ou aſſigner quelqu'un en Juſtice, lui demander ſon extrait baptiſtaire pour ſavoir où il eſt né; il faudra étudier les Coutumes des différents domiciles de ces enfants. Eh! quelle malheureuſe bigarrure entre des enfants d'un même pere!

Je ſais que la même difficulté ſe préſente par rapport à la majorité, ou la minorité; mais, 1°. nous avons peu d'endroits qui fixent la majorité parfaite au-deſſous de vingt-cinq ans, & nous en avons beaucoup qui admettent la puiſſance paternelle. 2°. L'état de mineur eſt un état paſſager; mais la puiſſance paternelle eſt perpétuelle en pluſieurs Coutumes. Ainſi la deciſion, en ce qui regarde la majorité, ou la minorité, a des conſéquences moins gênantes.

Il en eſt de même de la garde. Ne voit-on pas tous les jours

des enfants de mêmes pere & mere, dont les uns ſont en garde, & les autres, comme plus âgés, n'y ſont pas : & de ceux qui ſont en garde, les uns n'en ſortent-ils pas plutôt que les autres, tant à cauſe de leurs différents âges, qu'à cauſe de leurs différents ſexes ?

On remédieroit à ces inconvénients, en ſe fixant à la Loi du domicile matrimonial ; mais il faudra encore qu'un homme ſoit toujours porteur de l'extrait de mariage de ſon pere, pour ſavoir quel domicile il avoit, & pour pouvoir décider enſuite de l'état & de la condition de ſes enfants.

Si on ſe fixoit à chaque domicile actuel du pere, l'état des enfants ſeroit perpétuellement vacillant ; majeur aujourd'hui, demain mineur ; aujourd'hui exempt de la puiſſance paternelle, & demain ſoumis : en ſorte que, dans cette matiere, il y a des difficultés & des embarras par-tout, & c'eſt ce qui fait connoître combien l'autorité du Souverain ſeroit néceſſaire pour fixer ces ſortes de queſtions ; & l'on eſt même perſuadé qu'en ne cherchant que le mieux, on auroit encore de la peine à le rencontrer.

Mais en attendant une Loi préciſe, il ne paroît pas que l'on puiſſe, quant à préſent, prendre de parti plus raiſonnable, que de ſe fixer par la Loi de la naiſſance, tant pour la majorité, que pour la puiſſance paternelle.

C'eſt l'avis de M. le Préſident Bouhier ; mais il veut, & c'eſt une autre queſtion, que tous les droits qui dépendent de la puiſſance paternelle, ſoit qu'ils ſoient perſonnels, ſoit qu'ils ſoient utiles & réels, ſuivent également la Loi de la naiſſance. C'eſt une queſtion qui mérite un examen particulier ; mais avant que de l'entamer, je propoſerai une eſpece que je trouve dans M. Olivier Etienne, *ch. 7 de ſon Traité des Hypotheques.*

Un homme ſe marie en France, où les enfants ne ſont majeurs qu'à vingt-cinq ans ; il y demeure ; ſon fils aîné y prend naiſſance : enſuite il vient demeurer en Normandie, où il a un autre fils. Il y décede, & lors du décès, le fils aîné qui a pris naiſſance en France, eſt âgé de vingt-trois ans, & par conſéquent mineur ; & celui né en Normandie, eſt âgé de vingt & un an, & par conſéquent majeur. On demande ſi le puîné ſera tuteur de ſon aîné. Olivier Etienne dit, ſur cette queſtion, qu'il y auroit à cela une répugnance naturelle, & qu'il vaut mieux faire violence à la Loi, qu'à l'ordre naturel ; & par conſéquent

il faut dire que le fils aîné qui a pris naiſſance en France, étant mineur, doit faire que ſon frere puîné, quoique né en Normandie, ne ſera point majeur, que ſon frere aîné n'ait acquis ſa majorité; & ſi au contraire le fils aîné étoit né en Normandie, & le puîné en France, cet aîné ſera tuteur de ſon puîné, juſqu'à ce qu'il ait atteint vingt-cinq ans, parce qu'il n'y a pas de répugnance à proroger la tutele, *& in omnibus initium ſpectandum.*

On voit que cet Auteur défere à la Loi de la naiſſance, & n'y défere pas ſuivant les cas. Il y défere entiérement, ſi l'aîné eſt né en Normandie, & le puîné en France; l'aîné ſera majeur, à raiſon de ſa naiſſance en Normandie, & le puîné ſera mineur, à raiſon de ſa naiſſance en France; mais il n'y défere pas, ſi l'aîné eſt né en France, & le puîné en Normandie: car, dans cette eſpece, le puîné, quoique né en Normandie, ſera mineur, & attendra la majorité de ſon frere aîné, & tout cela à raiſon ſeulement de la répugnance naturelle qu'il y a que l'aîné ſoit ſous la tutele de ſon frere puîné, & c'eſt faire céder les Loix aux circonſtances; ce qui ne ſauroit abſolument être blâmé.

En effet, il ſembleroit qu'il y auroit, dans l'eſpece propoſée, une répugnance naturelle que l'aîné fut mineur, & le cadet majeur; mais cette répugnance eſt-elle auſſi ſérieuſe qu'on ſe l'imagine? Que l'aîné ſoit mineur, & le cadet majeur; que l'un ſoit ſous la puiſſance paternelle, que l'autre n'y ſoit pas; ces qualités de majeur, ou de mineur à un âge plutôt qu'à un autre; celle d'être, ou de ne pas être ſous la puiſſance paternelle, ainſi que celle de tuteur, ſont également des qualités civiles. Ce qu'il y a de répugnant dans l'eſpece propoſée, eſt que le puîné ſoit jugé par la ſeule circonſtance de la naiſſance dans un lieu, capable de ſe gouverner, pendant que ſon aîné, par une circonſtance de naiſſance dans un autre, ſera jugé incapable, quoique plus âgé, & fort ſage d'ailleurs. Mais que veut-on? La diverſité de nos Coutumes opere ces inconvénients qui n'ont, au fond, qu'une ſimple répugnance, parce que le cas ſe rencontre peu: on n'eſt pas également frappé de voir un aîné qui eſt tombé en démence, & qui eſt ſous la tutele de ſon puîné; c'eſt que le cas eſt plus ordinaire. De dire que, parce que l'aîné eſt mineur, le puîné le ſera pareillement, c'eſt ouvertement contredire la Loi de la naiſſance du puîné.

S'il eſt mineur, il faut le mette en tutele lui-même; mais mettra-t-on en tutele celui que la Loi déclare majeur? & n'y auroit-il pas autant de raiſon de dire, que puiſque le puîné eſt majeur, l'aîné l'eſt à plus forte raiſon? Dans la néceſſité de heurter l'une des deux Loix, pourquoi ſera-ce celle du puîné, plutôt que celle de l'aîné?

C'eſt, dit-on, que, *in omnibus initium ſpectandum eſt;* mais cela eſt bon dans les choſes qui ſont une ſuite, une dépendance, un enchaînement, une continuité de la même action; mais la naiſſance d'un enfant n'a rien de commun avec la naiſſance d'un autre, à moins de remonter au moment du mariage; en ce cas ce ſera donc le domicile matrimonial qui en décidera, & qui devra être immuable à cet égard, nonobſtant tout changement de domicile.

Mais ſi ce domicile eſt immuable à cet égard en Normandie, tous les enfants ſeront donc majeurs à vingt ans, quoiqu'aucun d'eux ne ſoit né en Normandie, & que par un changement de domicile leur naiſſance ſoit ailleurs.

Peut-être que ce ſera la Loi de la naiſſance du premier des enfants, & non toute autre Loi qu'il faudra ſuivre; dans ce cas c'eſt toujours déranger tous les principes, & il n'y a que le Légiſlateur qui puiſſe le faire.

Après avoir ventillé la queſtion de M. Olivier Etienne, voici à quoi je m'arrêterois, non-ſeulement ſur la queſtion particuliere par lui propoſée, mais ſur toutes les queſtions que cette diverſité de naiſſance pourroit faire naître. J'eſtinerois que le puîné, né en Normandie, devroit jouir des prérogatives de ſa naiſſance dans tout ce qui pourroit le concerner perſonnellement; qu'il pourroit, par exemple, teſter en jugement pour ſes affaires perſonnelles; qu'il pourroit vendre & aliéner les biens qui lui appartiendroient; qu'il pourroit emprunter & s'obliger valablement: mais que s'il s'agiſſoit de choſes dans leſquelles ſon frere & lui pourroient être intéreſſés, il ne pourroit regarder ſon frere que comme un mineur, & devroit ſuſpendre ſes pourſuites; en ſorte que ce ne ſeroit pas ſa majorité qui ſeroit ſuſpendue, mais ſes actions vis-à-vis ſon frere.

C'eſt pourquoi, s'il ne s'agiſſoit que de choſes utiles pour ſon frere, qui, à raiſon de ce, auroit beſoin d'un Tuteur, je ne vois point d'inconvénient que le frere Normand ſoit Tu-

teur de ſon frere Pariſien, par exemple, s'il tomboit en démence, s'il lui falloit un Tuteur pour accepter une donation, pour ſuivre un débiteur commun & autres cas ſemblables: par ce tempérament, je donne au frere Normand tout ce que la Coutume de ſa naiſſance peut raiſonnablement lui accorder, & je ne bleſſe point la répugnance de la nature. Je conſerve à celle-ci & à la Loi, autant que faire ſe peut, leur autorité, & j'établis entre elles une concordance de raiſon.

Traitons préſentement des droits utiles de la puiſſance paternelle.

J'ai dit ci-devant qu'en ma queſtion 20, j'avois eſtimé qu'à l'égard des droits utiles de la puiſſance paternelle, ils étoient réels, & dépendoient de la Loi de la ſituation. M. le P. Bouhier eſtime, au contraire, que la puiſſance paternelle étant toute perſonnelle dans ſon origine, elle doit l'être dans toutes ſes attributions & ſes conſéquences, parce que l'acceſſoire ſuit la nature du principal, qu'il eſt certain que les droits utiles ſont les ſuites & les conſéquences de la puiſſance paternelle, & qu'il eſt d'autant plus néceſſaire, en admettant le principe, d'admettre les conſéquences, que ces droits utiles ne ſont pas entiérement gratuits pour les peres, puiſqu'ils ſont chargés de la nourriture des enfants & des dettes de leurs biens.

Ces raiſons ſont fortes, & je les avois prévues en ma queſtion 20, *pag.* 429 : elles peuvent même être autoriſées de la déciſion de Munnos d'Eſcobard, en ſon Traité, *de Ratiociniis adminiſtrator.* cap. 29, n. 21 : il propoſe cette queſtion, *in civitate Vallaſolitana* (*Valladolid*) *eſt lex quæ de decima tutori præſtanda loquitur : ibi minor plura habet bona, plura etiam alia Uliſiponæ,* (Liſbonne) *ubi dicta lex non cuſtoditur, quæritur an non ſolum decimam bonorum Valliſolitano exiſtentium, verum & Uliſiponenſium habere debeat,* & il répond pour l'affirmative, parce que, dit-il, pour troiſieme raiſon, *legis finis eſt ut pro labore decima fructuum præſtetur. Cùm ergo tutor laboraverit adminiſtrando extra urbem, æquum non eſt ut labor ejus defraudetur.*

Mais pour mettre cette grande queſtion dans tout ſon jour, je crois devoir expoſer ici mon ſyſtême, & les raiſons ſur leſquelles je ſuis fondé.

La Loi du domicile régit la perſonne, la Loi de la ſituation régit les biens ; ces deux propoſitions ont été admiſes de tout le

monde; elles ſont fondées l'une & l'autre ſur deux principes que je crois inconteſtables : le premier eſt que la Loi de droit ordinaire régit ce qui eſt dépendant de ſa Juriſdiction & de ſon autorité : la ſeconde eſt que l'homme & les biens ſont dépendants de la Loi où ils adherent. Or, l'homme & les biens adherent, ſavoir l'homme fictivement dans le lieu de ſon domicile, & les biens par une adhérence réelle & effective, dans le lieu où ils ſont.

Cette adhérence, quant aux biens, ſe prouve par elle-même, & quant à la perſonne, il eſt aiſé de s'en convaincre.

En effet, quoique l'homme ſoit né pour ſe mouvoir & parcourir cette terre que Dieu lui a donnée, il n'eſt pas fait pour demeurer dans tous les lieux que la néceſſité l'oblige de parcourir ; il faut néceſſairement qu'il y ait un lieu de repos, un lieu de choix & de prédilection, un lieu de ſociété, un lieu où il puiſſe jouir avec ſa famille des avantages de ſes travaux & de ſes peines : ce lieu eſt celui que nous appellons domicile, & où l'homme adhere par une ſorte de fiction ; n'eſt-ce pas en effet adhérer en quelque maniere dans un lieu, que d'y être dans un eſprit de permanence & d'habitation ordinaire ?

Ainſi les Loix qui commandent aux hommes & aux choſes, commandent aux uns & aux autres, par un même principe : aux hommes, parce qu'ils ſont attachés d'intention dans un lieu ; & aux biens en tant qu'ils ſont inhérents réellement dans le lieu.

Si l'homme ne ſortoit jamais de l'étendue de la Juriſdiction de ſon domicile, & s'il ne poſſédoit pas des biens ailleurs, jamais les Loix d'une autre Nation, ni d'une autre Province ne ſe trouveroient en concurrence.

Mais l'homme, comme on vient de le dire, eſt né pour ſe mouvoir, & pour pouvoir ſe tranſporter par-tout : le commerce des Nations admet encore que l'homme puiſſe poſſéder des biens dans différentes Juriſdictions, & même dans différents Pays.

Or, quand cet homme ſe trouve dans une Juriſdiction différente, y porte-t-il ſon état & ſa condition ? doit-il y être regardé de la condition dont il eſt dans le lieu de ſon domicile, ou de celle du lieu où il exiſte actuellement ? Quand il poſſede des biens hors ſon domicile, ces biens continuent-ils d'être régis

gis par les Loix de la ſituation, ou ſi l'état de la perſonne influera ſur l'uſage & la diſpoſition de ces biens?

Ce qui forme la difficulté, ce ſont deux autres principes qui ſont; 1°. que les Loix ne peuvent commander que dans l'étendue de leur Juriſdiction. 2°. Qu'elles y commandent ſeules, ſans être obligées d'y reconnoître d'autre autorité que la leur.

Delà il s'enſuivroit que l'homme ſe trouvant dans une autre Juriſdiction, devroit dès-lors être tel dans ſa perſonne, que le preſcrit la Loi où il ſe trouve.

Il s'enſuivroit, en ſecond lieu, que jamais l'état du domicile de la perſonne n'influeroit ſur les biens, & qu'ils ne ſeroient jamais aſſujettis qu'aux Loix de leur adhérence & de leur ſituation.

Cependant il a paſſé dans toutes les Nations, qu'en quelque endroit que l'homme puiſſe ſe tranſporter, il s'y tranſporte tel qu'il eſt, & de la condition dont il eſt dans la Loi de ſon domicile.

Et à l'égard des biens, nos meilleurs Auteurs diſtinguent ordinairement deux cas, & je les ai diſtingués avec eux. Le premier eſt celui où il s'agit des biens, relativement à l'état de la perſonne. Le ſecond, où il s'agit des biens en eux-mêmes, & ſans conſidération de l'état de la perſonne.

Au premier cas, ils diſent que la perſonne peut, ou ne peut, par rapport à ſes biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, que ce que la perſonne peut, ou ne peut pas par l'état & condition que lui donne la Loi de ſon domicile.

Dans le ſecond cas, la perſonne ne peut que conformément à la Loi de la ſituation, & la capacité qu'elle a par la Loi de ſon domicile, cede à la Loi de la ſituation.

Je viens de dire que j'ai fait, avec nos Auteurs, cette diſtinction que je crois très-admiſſible. Cependant ſi on y réfléchit de bien près, on trouvera que, dans le premier cas, la Loi de la ſituation des immeubles ne défere qu'à l'état de la perſonne, & que par cette déférence, elle ne relâche rien de ſes droits ſur les immeubles.

En effet, quand un homme majeur de vingt ans, dans la Coutume de ſon domicile, a des biens dans une Coutume où il en faut vingt-cinq; & quand cette Loi de la ſituation qui exige vingt-cinq ans, ſouffre néanmoins que le majeur de vingt

ans diſpoſe des biens qu'il a dans l'étendue de ſa domination, cela ne change rien, quant à l'eſprit de cette Loi, puiſqu'elle veut elle-même que le majeur en puiſſe diſpoſer : elle défere ſeulement à la qualité de majeur que la Loi du domicile donne à la perſonne. Il y a cependant des cas où la Loi, en déférant à l'état de la perſonne domiciliée ailleurs, y défere même par rapport aux biens, comme dans le cas de la communauté entre conjoints, pour les biens qu'ils acquierent en Pays de non-communauté ; mais cela n'arrive que par la néceſſité d'éviter la fraude & de concourir à la juſtice.

Mais ce qu'il eſt important d'obſerver en l'un & l'autre cas, eſt que c'eſt le bien général qui ſeul autoriſe que les Loix d'une Nation ſoient reçues dans une autre ; ôtez les motifs de bien public, les Loix de la ſituation commmandent pleinement & abſolument dans toute l'étendue de leur Juriſdiction, & donnent l'excluſion à toutes Loix étrangeres.

M. le Préſident Bouhier a tracé ce principe avec toute la nobleſſe poſſible. Il faut ſe ſouvenir, dit-il, *page* 457, qu'encore que la regle étroite ſoit pour la reſtriction des Coutumes dans leurs limites, l'extenſion en a été néanmoins admiſe en faveur de l'utilité publique, & ſouvent même par une eſpece de néceſſité.

Ainſi quand les peuples voiſins ont ſouffert cette extenſion, ce n'eſt point qu'ils ſe ſoient crus ſoumis à un Statut étranger ; c'eſt ſeulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas, leurs Coutumes ont les mêmes avantages dans les Provinces voiſines. On peut donc dire que cette extenſion eſt fondée ſur une eſpece de droit des gens & de bienſéance, en vertu duquel les différents peuples ſont tacitement demeurés d'accord de ſouffrir cette extenſion de Coutume à Coutume, toutes les fois que l'équité & l'utilité commune le demanderoient, à moins que celle où l'extenſion ſeroit demandée, ne contînt, en ce cas, une diſpoſition prohibitive.

Examinons, ſur ce plan, les queſtions qui peuvent tomber ſur la puiſſance paternelle. J'apperçois d'abord, dans la puiſſance paternelle, des droits d'autorité, de commandement, des droits d'honneur accordés au pere ; &, en ſecond lieu, j'y apperçois des droits utiles & pécuniaires.

Quant aux premiers droits, on peut dire qu'ils ſont du droit

général & univerſel de toutes les Nations, parce qu'ils ſont fondés dans la nature même. Il n'en eſt aucune qui n'exige des enfants, envers leurs peres, de la ſoumiſſion, de l'obéiſſance & du reſpect, & par conſéquent qui ne donne aux peres les droits dont nous venons de parler.

En effet, qu'eſt un enfant quand il vient au monde? Foibleſſe & infirmité. Il ſent ſes beſoins & ne les connoît pas, & il ne ſauroit, ni les demander, ni ſe les procurer. Dans cet état, cet enfant eſt à la merci d'autrui; ſi on n'a pitié de lui, ſi on ne vient pas à ſon ſecours, il faut qu'il périſſe; & de qui doit-il plus naturellement recevoir les ſecours de la vie, ſi ce n'eſt de ceux qui la lui ont donnée?

Dans ces premieres années, les peres & les meres agiſſent ſeuls; les enfants ſont, en quelque maniere, purement paſſifs, & les peres & meres ne ſauroient rien exiger d'eux.

Cet enfant devenu plus fort, commence à avoir ſes volontés; & comme il ne connoît pas ce qui lui eſt utile & ce qui lui eſt nuiſible, c'eſt aux peres & meres à veiller ſur lui, & à le diriger, & cet état donne aux peres & meres une autorité de bonté & de douceur.

Mais l'enfant devient encore plus grand; ſes volontés deviennent plus variées & plus formées, & ce troiſieme état donne aux peres & aux meres une autorité de commandement & de correction légere.

L'enfant parvient enſuite à la puberté; c'eſt un âge où les paſſions ſe font ſentir, & où les volontés ſont plus abſolues, & en même-temps plus déréglées, & les peres & meres ont auſſi beſoin d'uſer d'une autorité plus grande, & d'une correction plus vive & plus marquée.

Enfin, l'enfant parvient à un âge de maturité & de raiſon, où il eſt en état de ſe conduire & de ſe diriger, & où il ſemble que le bien public & l'ordre de la ſociété exigent qu'il travaille pour lui-même, & qu'il y ſoit excité par ſon profit & par ſa propre utilité.

A conſidérer toutes ces choſes, la mere, comme le pere, devroit avoir la même puiſſance & la même autorité; & ſi du vivant du pere, la mere ne les exerce que ſubordinément, parce qu'elle-même eſt dépendante; du moins, en cas du décès du pere, devroit-elle les exercer ſeule, & avec la même étendue: on pourroit ajouter même qu'il ſemble que la mere doive d'au-

tant plus conſerver cette autorité, que l'enfant autrefois lui étoit intimement lié, & faiſoit, en quelque maniere, une partie d'elle-même. L'enfant *ante partum eſt matri oneroſus, in partu doloroſus, poſt partum laborioſus, cap. ult. & de converſ. infidel.* & ces titres ſemblent lui avoir acquis quelque autorité ſur ſes enfants.

Dans quelque état que nous placions l'enfant, il eſt certain qu'il doit avoir pour ſes pere & mere de la crainte, de la ſoumiſſion & du reſpect, & voilà tout ce que la nature donne aux peres, d'une part, & tout ce qu'elle exige des enfants, de l'autre.

Mais les hommes ont donné plus, ou moins d'extenſion à ces droits perſonnels. C'eſt delà que dans les Pays de Droit écrit, le fils qui eſt en la puiſſance paternelle, ne peut pas comparoître en Juſtice, ſoit en demandant, ſoit en défendant en matiere civile, ſans être autoriſé par le pere; qu'il ne peut pas emprunter ſans ſon aveu; que dans toutes les Nations bien policées, il ne peut contracter mariage, ſans ſon conſentement. Ces incapacités ſont les ſuites aſſez naturelles de la puiſſance paternelle, & affectent la perſonne même des enfants.

Mais à cette puiſſance paternelle ſont joints des droits utiles & pécuniaires, & ces droits ne ſont pas admis par-tout, & ſont même plus, ou moins amples dans les différents lieux où cette puiſſance eſt admiſe.

Eſt-il du bien général des Nations, & d'une néceſſité indiſpenſable, que ces droits ſoient accordés aux peres? Sont-ils la ſuite & la conſéquence néceſſaire de cette puiſſance paternelle?

Dans l'origine, lorſque cette puiſſance donnoit droit de vie & de mort; lorſque les enfants faiſoient partie du bien de leurs peres; que les peres pouvoient les vendre, ainſi qu'ils pouvoient vendre leurs eſclaves, il n'étoit pas ſurprenant que les enfants ne poſſédaſſent rien, & que tout fût à leurs peres.

Dans ces temps, ſi une Nation, une Province n'eût pas admis une puiſſance ſi étendue & auſſi abſolue, ou ſi elle l'avoit rejettée entiérement, il eût fallu néanmoins l'étendre & la porter même juſques ſur les biens ſitués dans cette Nation & dans cette Province: il eût été difficile de décider autrement, parce que pour lors les enfants étant dans une impuiſſance entiere d'état & de condition de rien poſſéder, cette impuiſſance ſe porte

par-tout, à l'inſtar de la minorité, de l'interdiction, &c. Ces enfants ſont abſorbés dans la puiſſance paternelle, & ne pouvant rien retenir pour eux-mêmes, ce qui leur eſt dévolu dans une Coutume, leur eſt enlevé à l'inſtant, & paſſe au pere.

Mais la puiſſance paternelle de nos jours, n'eſt pas auſſi entiere dans nos peres; & à l'égard des enfants, leur état eſt plus mitigé.

J'ai fait voir dans ma Diſſertation 20, qu'à l'égard des biens elle ſe terminoit dans les peres à quelques droits d'uſufruit reſtraints & bornés ſur certains biens; que même pluſieurs de nos Coutumes ne l'admettoient pas; ce ſont des droits arbitraires, variés, ſelon les lieux, & qui ſont plus ou moins utiles.

Or ces droits ſe prenant ſur les biens, s'y prenant arbitrairement, ſuivant les différentes Coutumes, & n'ayant point lieu dans pluſieurs, on voit que ce ſont des droits purs réels, & qui ne dérivant pas néceſſairement de la puiſſance paternelle, en ſont ſeulement la conſéquence. Auſſi voyons-nous que chez les Romains même, le droit que le pere avoit ſur les biens de ſes enfants, ſouffroit pluſieurs modifications, reſtrictions & adouciſſements.

Il eſt donc vrai que les Coutumes peuvent déférer ces droits, ou les refuſer, ſans troubler l'ordre général des Nations, & ſans donner atteinte au commerce, à la ſociété & au bien public.

Or, la Loi du domicile, celle qui regle l'état & la condition des perſonnes, regle bien les ſuites néceſſaires de cet état, & cela pour le bien général des Nations; mais non par rapport à des Loix purement arbitraires qui ne ſont faites que par des raiſons particulieres, & qui n'intéreſſent pas l'ordre général des Nations: chaque Pays, chaque contrée eſt en droit de ne pas reconnoître ces ſortes de Loix, & de ſe renfermer dans les ſiennes; ſur-tout quand les Loix étrangeres veulent arbitrairement diſpoſer des biens qui ſont ſous la domination d'autrui.

Comparerez-vous la puiſſance paternelle telle qu'elle eſt admiſe parmi nous à la minorité, à l'interdiction, à ces états néceſſaires dans la ſociété civile, & pour leſquels les différentes Coutumes ſont obligées de ſe déférer? Dira-t-on que de renfermer la puiſſance paternelle dans ſon lieu, & de ne pas l'étendre à des biens ſitués ailleurs, ce ſoit troubler l'ordre public, déranger la ſociété & le commerce des Nations?

Mais, dès-lors, ne faut-il pas retourner aux principes généraux qui veulent qu'à l'égard des biens, les Loix de la ſituation y commandent ſeules à l'excluſion de toutes autres Loix?

Ainſi la puiſſance paternelle eſt perſonnelle, & *perſonnaliſſime* dans partie de ſes effets, & réelle dans l'autre partie.

Mais voici des réflexions qui vont ouvrir les yeux de plus en plus ſur cette matiere.

Encore que partie des effets de la puiſſance paternelle ſoit réelle, ces effets ſont toujours la ſuite & la conſéquence de cette puiſſance; conſéquence, à la vérité, non néceſſaire, conſéquence purement arbitraire & extrêmement variée; mais enfin conſéquence de cette puiſſance pour les Coutumes qui l'admettent.

Delà il ſemble que l'on ne puiſſe accorder ces effets qu'autant que les peres ont leurs enfants ſous leur puiſſance; ôtez la cauſe, vous ôtez l'effet.

Cependant l'Arrêt de Bence de 1695, a ſuivi d'autres principes. Le pere étoit domicilié à Paris, il y avoit été marié, ſes enfants y étoient nés, ſa femme y étoit morte; il eſt certain que le ſieur Bence n'avoit pas ſes enfants ſous ſa puiſſance; on lui accorde néanmoins la jouiſſance des biens de ſes enfants ſitués en Pays de puiſſance paternelle.

D'ailleurs ſi la puiſſance paternelle eſt réelle dans partie de ſes effets, il faut néceſſairement, par rapport à ces effets, ſuivre la réalité, c'eſt-à-dire, la Loi de la ſituation; en ſorte que ces droits réels ne doivent être accordés qu'en tant que les enfants étant ſous la puiſſance paternelle, leurs biens ſe trouveront ſitués en Pays de puiſſance paternelle, & c'eſt ce qui avoit été précédemment jugé par l'Arrêt de Lebrun de 1653.

C'eſt pourquoi M. Bretonnier ſur Henrys, *liv.* 4, *queſt.* 13, me paroît ſe contredire: car il eſtime que les peres domiciliés à Paris, jouiſſent par droit de puiſſance paternelle des fruits des biens de leurs enfants ſitués dans les Pays de Droit écrit; & ſi cela eſt, il faut qu'elle ſoit réelle; & ſi elle eſt réelle, pourquoi décide-t-il enſuite que les peres domiciliés dans les Pays de Droit écrit, dont les enfants ont des biens dans les Pays de Coutumes, jouiſſent des fruits de ces biens, parce que la puiſſance paternelle eſt un Droit perſonnel?

Ainſi l'on ne peut pas dire que la puiſſance paternelle ſoit

toute perſonnelle; ſes effets ſont en partie réels, effets non néceſſaires, purement arbitraires & particuliers, qui agiſſent uniquement ſur les biens.

On ne peut pas dire qu'elle ſoit toute réelle, puiſqu'effectivement elle emporte des effets vraiment perſonnels.

Dans la néceſſité de prendre parti ſur ces queſtions, j'eſtime la puiſſance paternelle, en partie perſonnelle & en partie réelle : comme perſonnelle, elle aura lieu par-tout en ce qui eſt de la perſonnalité : comme réelle, elle ſera renfermée dans les Coutumes qui admettent pareils droits; mais il ſemble néceſſaire de préſuppoſer que le pere ne peut en jouir, qu'autant que les enfants ſont en puiſſance paternelle; & pour juſtifier l'Arrêt de 1695, dans l'eſpece duquel les enfants n'étoient pas en puiſſance paternelle, il faut dire que quant aux effets réels, ils ſont réglés parmi nous, à l'inſtar de ceux de la garde, & qu'ils ſont dûs à raiſon de la ſeule paternité.

La déciſion de Munnos-d'Eſcobar ne me touche en aucune maniere; c'eſt une indemnité & une récompenſe que la Loi accorde aux tuteurs pour la peine de leur geſtion, récompenſe qui eſt modérée & reſtreinte à une portion des revenus des mineurs, & qui réſulte d'une action perſonnelle que la Loi accorde aux tuteurs; mais les droits pécuniaires de la puiſſance paternelle, tendent à donner au pere l'univerſalité des revenus de ſon fils, & ne ſont fondés dans aucune raiſon perſonnelle, du moins depuis qu'il eſt en âge de ſe gouverner & de travailler par lui-même.

M. Froland, *pag.* 819 *de ſes Mémoires ſur les Statuts*, propoſe deux queſtions. Il demande, 1°. quelle Coutume il faut ſuivre, quand il s'agit d'acquiſitions faites par un fils de famille domicilié dans le Pays de Droit écrit, de biens ſitués dans des Coutumes qui n'admettent pas la puiſſance paternelle. 2°. Quelle eſt celle qu'il faut ſuivre, quand le fils eſt domicilié dans une Coutume qui n'admet pas la puiſſance paternelle, & qu'il fait des acquiſitions dans le Pays de Droit écrit, & il incline à dire que le fils domicilié à Paris, n'étant pas ſous la puiſſance paternelle, a une habilité perſonnelle pour acquérir pour lui-même; & qu'au contraire, celui qui eſt domicilié dans le Pays de Droit écrit, étant incapable eſſentiellement & radicalement, ne peut acquérir pour lui-même, mais pour ſon pere, en quelque endroit qu'il acquiere.

J'eſtime ces déciſions fort bonnes, & j'embraſſe volontiers l'avis de M. Froland, en exceptant *bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia*, & ceux de pareille nature.

En effet, ce n'eſt pas la Loi de la ſituation qu'il faut enviſager dans cette eſpece; c'eſt l'état & la condition de celui qui acquiert: ſi c'eſt un état d'indépendance, il eſt le maître d'acquérir où bon lui ſemble, & il acquiert pour lui, puiſqu'il eſt indépendant; mais ſi cet état eſt un état de dépendance; ſi la perſonne qui acquiert, eſt tellement ſoumiſe à autrui, qu'elle ne puiſſe pas acquérir pour elle-même, il eſt néceſſaire d'en conclure, que ne pouvant retenir la choſe acquiſe, elle paſſe à celui ſous la dépendance duquel cette perſonne eſt par état.

On m'objectera l'Arrêt de Bence, qui a jugé qu'encore que des enfants ne fuſſent pas ſous la puiſſance paternelle, leur pere étoit en droit de jouir depuis le décès de ſa femme, des biens par lui acquis pendant ſa communauté, ſitués en pays de puiſſance paternelle; mais il y a une grande différence entre cette eſpece & les autres propoſées par M. Froland, *page* 819. Dans celle-là il s'agit de biens acquis par le pere, ſur leſquels la Loi lui donne des droits réels, ſinon à cauſe de la puiſſance paternelle, du moins à titre de paternité: au contraire, dans celles propoſées, ce ſont les enfants qui acquierent, & qui acquierent pour eux, tant qu'ils ne ſont pas ſous la puiſſance paternelle.

M. Froland parle enſuite de l'émancipation légale & des différentes formalités requiſes par nos Coutumes, & il décide, quant à la forme de l'émancipation, qu'il faut ſuivre les formalités du domicile actuel; & quant à l'émancipation en elle-même, il ſemble adopter encore la Loi du même domicile.

Pour moi, en ſuivant le fil de mes principes, je dis, quant à l'émancipation en elle-même, que puiſque le mineur, en ce qui regarde ſon état de mineur, eſt dépendant de la Loi du domicile au jour de ſa naiſſance, c'eſt cette Loi qui doit diſpoſer de ſon émancipation légale; & quant à l'émancipation qui dépend & de la Loi, & de la volonté du pere, en conſéquence de la Loi, je voudrois encore que l'on conſultât la Loi de la naiſſance, parce que la majorité, ou la minorité dépendante de cette Loi, c'eſt elle qui doit décider ſi le fils eſt en état d'être émancipé, & il faut y recourir, pour connoître ſi la volonté du pere eſt conforme à la Loi, & ſi la Loi n'exige

pas

pas quelques conditions & diſpoſitions perſonnelles dans le fils.

Mais quant à la forme de l'émancipation, ſi ce droit d'émancipation dépend en partie de la volonté du pere, & qu'il n'y ait rien dans la perſonne du fils qui en empêche, j'eſtimerois qu'il ſuffiroit de remplir les formalités du lieu où ſe fait l'émancipation provoquée par le pere. J'irois même juſqu'à dire que quand la Loi de la naiſſance exigeroit une certaine forme particuliere, le pere n'y ſeroit aſtreint qu'autant que l'émancipation ſe feroit dans ce lieu; mais que d'ailleurs il pourroit partout faire cette émancipation, & obſerver une autre forme, pourvu que l'acte fût revêtu de formalités authentiques. Il paroît raiſonnable, dit M. Catelan, en ſes Arrêts de Toulouſe, *liv. 4, chap. 52*, que dans le radouciſſement qu'a reçu parmi nous la puiſſance paternelle, & dans des temps & des lieux où les mœurs ſont moins façonnieres, un pere puiſſe renoncer à ſa puiſſance paternelle devant un Notaire & des témoins, & en la maniere que, ſuivant le Droit commun & ordinaire, on peut renoncer à tous les droits qu'on ne veut pas retenir. V. ſur toutes les queſtions de la puiſſance paternelle, M. Bouhier, *ch. 16*.

Notre Auteur demande, en dernier lieu, ſi un tuteur peut faire changer de domicile à un mineur, de maniere que s'il vient à mourir dans le nouveau domicile, les Loix de ſa ſucceſſion ſoient changées.

Il y a ſur le domicile du mineur pluſieurs objets à conſidérer : ſavoir, le domicile pour les aſſignations, celui pour régler ſa ſucceſſion, celui pour régler ſa capacité de teſter, & celui pour décider de la validité d'un mariage qu'il veut contracter.

Quant au premier domicile pour les aſſignations, ou le mineur eſt en tutele, ou il eſt émancipé. S'il eſt en tutele, comme c'eſt le tuteur qu'il faut aſſigner, le mineur ne pouvant eſter en Jugement, il n'y a pas de difficulté que l'aſſignation doit être dounée au tuteur, audit nom & en ſon propre domicile; que ſi ce mineur eſt émancipé, il faut l'aſſigner perſonnellement en ſon domicile actuel; c'eſt-à-dire, au lieu où il réſide habituellement. Voyez Bornier, ſur les Ordonnances, *art. 3 des Ajournements*.

Quant au domicile qui doit régler la ſucceſſion d'un mineur,

il y en a une diſtinction que font pluſieurs de nos Auteurs.

Ils diſtinguent entre le mineur impubere & le mineur pubere, ou du moins entre celui qui a atteint l'âge de vingt ans, & celui qui n'a pas atteint cet âge. Ils eſtiment que l'impubere, ou celui qui n'a pas atteint l'âge de vingt ans, doit ſuivre le domicile de ſes pere & mere; & qu'en cas que l'un des deux fût prédécédé, il ſuit le domicile de celui qui a ſurvécu. Ce mineur eſt, par la nature & la Loi, conſtitué ſous la conduite du ſurvivant, & eſt dans l'obligation de le ſuivre par-tout où il peut aller demeurer.

Mais ſi ce mineur a pour tuteur tous autres que ſes pere & mere, fuſſent-ils même ſes parents collatéraux, ces mêmes Auteurs ne veulent pas que le domicile d'un impubere dépende de ces ſortes de tuteurs, & qu'ils aient la liberté de changer l'ordre de ſa ſucceſſion.

Par rapport au mineur âgé de vingt ans, il peut, en pluſieurs cas, choiſir un domicile, s'il paroît qu'effectivement il s'en ſoit choiſi un: on a ſuivi ce domicile de choix pour régler la ſucceſſion de ſes meubles & acquêts y ſitués. Arrêt du 15 Mars 1654, rapporté au Journal des Audiences, mais plus correctement & plus amplement dans Soëve.

En effet, ſi ce mineur vient à ſe marier du conſentement de ſes pere & mere, ou même de ſes parents, en cas de leur décès; s'il prend un établiſſement par charge, ou par maîtriſe, pourquoi n'aura-t-il pas la faculté de ſe choiſir un domicile, en ſe choiſiſſant un établiſſement? C'eſt ce que Burgundus, *tract.* 2, *n.* 34, a penſé, *qui veniam ætatis impetravit, & propriæ negotiationi, commodiſque ſubſervit, ipſe ſibi minor domicilium inſtruere poteſt;* & c'eſt ce qu'a décidé l'Auteur des Obſervations ſur Henrys, *tom.* 1, *liv.* 4, *chap.* 6, *queſt.* 105, dans le cas du mariage, puiſque, dans ce cas, les mineurs, dit-il, ont la liberté de changer leur état, ils peuvent bien changer leur domicile; d'où il conclut que ſi un homme de Lyon vient ſe marier à Paris, & qu'il emmene ſa femme mineure Pariſienne avec lui à Lyon, auſſi-tôt qu'elle y eſt arrivée, elle peut teſter même au profit de ſon mari. Le domicile, qui ſe contracte par le mariage, l'emporte par-deſſus celui de la naiſſance.

Mornac, *C. ubi de hæredit.* agite cette queſtion. Un fils n'a ni pere, ni mere; il meurt impubere; il s'agit de ſa ſucceſſion mobiliaire: il étoit demeurant avec ſon tuteur, domi-

cilié dans un lieu où la ſucceſſion mobiliaire ſe partage différemment du lieu où ſes pere & mere demeuroient.

Il demande quel domicile il faut ſuivre, & il répond que c'eſt celui des pere & mere, & non du tuteur.

Il obſerve que le domicile ſe conſtitue en quatre manieres, par la naiſſance, par le choix, par la convention, & enfin par la néceſſité d'une charge, ou d'un emploi.

Et dans l'eſpece propoſée, il dit que le mineur ne peut avoir eu d'autre domicile à ſon décès, que celui qu'avoient ſes pere & mere : car étant impubere, il n'eſt pas dans le cas de faire un choix ; il ne peut non plus convenir d'un autre domicile, & n'eſt pas en état d'être dans des fonctions publiques.

Mais M. Maillard, ſur *l'art.* 152 *de la Coutume d'Artois, édition de* 1739, *n.* 38 *& ſuivants*, nous annonce une Juriſprudence un peu différente qu'il dit être ce qu'il y a de certain en cette matiere : 1°. les biens des mineurs ne changent pas de nature pendant leur minorité. 2°. Le perſonnel eſt réglé par la Loi du domicile principal que le pere avoit au jour de ſa mort : (M. Maillard ne diſtingue, ni le cas du mariage, ni aucun autre cas.) 3°. La mere même tutrice ne peut intervertir cette Loi perſonnelle, en transférant ſon domicile d'une Coutume en une autre. 4°. Le réel ſuit les Coutumes de la ſituation. 5°. C'eſt ſi bien le domicile principal du pere qui fixe la perſonnalité du mineur, que ſi la mere décede en une Coutume, & que le pere transfere ſon domicile principal en une autre Coutume, le Juge de ce dernier domicile ſera celui de la tutele.

Au ſurplus, ce que nous diſons ici pour le cas de la ſucceſſion mobiliaire *ab inteſtat*, doit-il avoir lieu pour le cas d'un teſtament ? S'il s'agiſſoit, par exemple, de ſavoir ſi le mineur incapable de teſter par la Loi de ſon domicile de droit, le pourroit en vertu de la Loi de ſon domicile de fait. L'Auteur des Obſervations ſur Henrys, obſerve *loco citato*, que ſi des enfants mineurs ſont mis ſous la tutele d'un Lyonnois, ils pourront faire un teſtament, lorſqu'ils ſeront parvenus à la puberté, parce que les mineurs ſuivent, à cet égard, le domicile de leur tuteur. Il dit qu'il l'a ainſi décidé en conſultation, avec M. Severt, pour le teſtament du ſieur de Servieres, fait à l'âge de dix-huit ans. Son pere s'étoit marié & établi à Paris : après ſon décès & celui de ſa femme, ſes enfants, qui étoient en bas âge, furent mis ſous la tutele de Charles Groſſier, leur oncle pater-

nel, domicilié en Lyonnois. Le ſieur de Servieres fils, avant que de partir pour l'armée, où il fut tué, fit ſon teſtament au profit d'une de ſes ſœurs : il fut conteſté par une autre ſœur, & la déciſion fut pour le teſtament.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 4, n'adopte pas cette déciſion, & j'avoue qu'elle n'eſt pas ſans difficulté.

En effet, puiſque la Loi détermine le domicile du mineur, par le domicile du pere, je parle d'un mineur non établi, pourquoi lui donner deux domiciles, l'un pour régler ſa ſucceſſion mobiliaire, & l'autre pour régler ſa capacité perſonnelle de teſter ? Il n'y a, comme nous venons de le dire, que le domicile de la perſonne qui puiſſe rendre capable celui qui eſt incapable ; & puiſque le domicile du mineur eſt fixé au domicile du pere, comment celui de fait, qu'il peut avoir par-tout ailleurs, peut-il affecter ſa perſonne, préférablement à ſon domicile de droit qui eſt néceſſairement, ſelon la Loi, ſon vrai domicile ?

D'ailleurs un teſtament apporte toujours un changement dans la ſucceſſion légale du teſtateur, & la Loi du domicile de droit qu'a le mineur, ne lui permet pas de diſpoſer de ſes biens, & de changer rien dans ſa ſucceſſion.

Mais pour le ſoutien de la déciſion de MM. Severt & Bretonnier, deux ſavants Conſultants, ne peut-on pas répondre que le mineur eſt dans ſon devoir, quand il demeure avec ſon tuteur qui eſt chargé de ſon éducation, qu'il y demeure néceſſairement & ſans fraude ?

A la bonne heure que le domicile de ſon pere regle ſa ſucceſſion *ab inteſtat ;* c'eſt l'intérêt des héritiers qui l'a voulu ainſi, & c'eſt pour cela qu'il retient le domicile de ſon pere. Mais ſi le mariage, ſi l'émancipation permettent à un mineur de changer de domicile, comme en convient M. Bouhier lui-même, & que dans ce cas, le mineur puiſſe teſter conformément à la Loi du domicile qu'il s'eſt choiſi, pourquoi ne veut-on pas pareille choſe dans le cas où le mineur paſſe, par néceſſité, & ſans fraude, dans le domicile de ſon tuteur ?

Il eſt vrai que dans le cas du mariage & de l'émancipation, la ſucceſſion mobiliaire de ce mineur ſe réglera par la Loi de ſon domicile de choix, & que je n'en dirai pas de même par rapport à un mineur qui n'eſt ni marié, ni émancipé ; mais ce que je ne dirai pas pour le cas de la ſucceſſion *ab inteſtat,* parce qu'il y a une Juriſprudence formée à cet égard, je puis le dire pour le

cas du teſtament, parce que la Loi n'a rien décidé là-deſſus, & qu'il ſemble juſte de laiſſer à un mineur, que la mort prévient, une capacité que lui donne la Loi où il demeure actuellement, ſans fraude.

Néanmoins le premier avis me paroît le meilleur : un mineur hors le domicile de ſon pere, avec ſon tuteur, habite avec lui ; mais il n'eſt pas proprement domicilié avec lui : il ſéjourne en attendant ſa majorité ; c'eſt un plaideur qui attend là que le temps lui faſſe gagner ſon procès.

Enfin, quant au domicile pour contracter mariage, nous avons, à cet égard, l'Ordonnance de 1697, qui fixe le domicile des filles, ou fils de famille mineurs de vingt-cinq ans, pour la célébration de leur mariage, au domicile des pere & mere, ou de leur tuteur, ou curateur, après la mort de leurſdits pere & mere ; & s'ils avoient un autre domicile de fait, en ce cas les bans doivent être publiés dans les Paroiſſes où ils demeurent, & dans celles de leurs pere & mere, tuteur, ou curateur ; il eſt intervenu depuis, en 1707, un Arrêt conforme, le 19 Mai. V. *Journal des Audiences.*

## CHAPITRE II.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

### *De la diversité des Loix, en ce qui concerne les Statuts purs réels, pour le cas où il y a changement de domicile.*

### SOMMAIRE.

I. *Le droit de nous succéder* ab intestat, *change en même-temps que nous changeons de domicile.*

II. *Un pere domicilié en Hollande, ayant appris la mort de sa femme, mene son fils demeurer avec lui à Utrecht : succédera-t-il à son fils, selon les Loix de Hollande, ou celles d'Utrecht?*

III. *Que faudra-t-il décider si ce changement de domicile est fait dans le dessein de changer l'ordre de la succession ?*

IL faut présentement examiner ce que nous devons penser dans le cas du changement de domicile, par rapport aux Statuts réels; &, premiérement, parlons des Statuts qui sont purs réels, & qui n'exigent pas l'acte & le concours de l'homme, tels que nous avons dit qu'étoient les Statuts qui disposent de la maniere & de l'ordre de succéder. Il n'est pas question ici du droit de succéder à des immeubles qui sont toujours régis par la Loi de la situation, mais seulement du droit de succéder à des meubles qui n'ayant point d'assiette dans un lieu, suivent la personne, & sont régis par les Loix de son domicile : c'est pourquoi feignons une espece. Si un Habitant de Hollande vient demeurer à Utrecht, il est bien certain qu'en changeant ainsi de domicile, il change l'ordre de sa succession *ab intestat ;* en sorte que si auparavant, il habitoit la partie de Hollande, où, par la disposition des Loix, les freres & sœurs du défunt sont appellés à sa succession, à l'exclusion des pere & mere, & où les petits-fils d'un frere, par droit de représentation, concourent avec le fils d'un autre frere, il arrivera, qu'à raison des Loix du nouveau domicile, ses pere & mere lui

ſuccéderont, ou que les enfants du frere excluront les petits-enfants d'un autre frere, comme étant plus éloignés. Il ne ſera pas hors de propos de diſcuter ici une queſtion qui a été agitée ces jours paſſés en notre Cour.

Un mari, après le décès de ſa femme, vient de Hollande demeurer à Utrecht, avec un enfant qu'il avoit eu d'elle. Cet enfant, après avoir été élevé quelques années dans la maiſon de ſon pere, y décede; ſes parents maternels demandoient la ſucceſſion, ſuivant les Loix de Hollande; le pere, au contraire, prétendoit que la ſucceſſion de ſon fils lui appartenoit en vertu de la Loi d'Utrecht. Le point de la difficulté conſiſtoit à fixer le domicile du fils. Falloit-il le fixer où ſa mere étoit décédée? Falloit-il le fixer où il étoit décédé lui-même? Il paroiſſoit d'abord aſſez naturel de dire que le fils étant enfant, & n'ayant pas la liberté de contracter, n'avoit pas pu ſe former un domicile, ainſi que le prouve parfaitement Mornac *ad tit. C. ubi de hæreditate.* Mais comme le tuteur peut contracter pour ſon mineur, voyons s'il ne pourroit pas auſſi lui acquérir un nouveau domicile: il eſt plus de la regle de dire qu'il le peut, parce que nous ne voyons pas que cela ait jamais été défendu aux tuteurs: c'eſt pourquoi Burgundus cite très-à-propos Barthole, qui a penſé que le mineur a ſon domicile où demeurent ſes tuteurs, ſoit qu'il y demeure avec eux, ſoit qu'il demeure ailleurs, *tract.* 2, vers la fin.

Je voudrois néanmoins excepter le cas de la fraude, comme ſi le tuteur avoit changé de domicile, dans l'intention d'intervertir l'ordre de la ſucceſſion de ſon mineur, & en fruſtrer ceux qui devoient naturellement lui ſuccéder, ou dans l'intention d'en profiter lui-même, le voyant moribond, ou très-valétudinaire; ce que l'on peut prouver par ſoupçon & par conjecture, ainſi que de l'aveu de tous les Auteurs, cette preuve eſt admiſe dans toute matiere ſuſceptible de fraude. Vames, *cent.* 5, *conſ.* 41, *n.* 5, en rapporte les autorités, auſſi-bien que Mantica, *de conject. ultim. lib.* 10, *tit.* 4, *n.* 9: car, dans ce cas, ce ſeront les Loix du domicile où les pere & mere ſeront décédés, qu'il faudra ſuivre, & il ne faudra pas obſerver celles du nouveau domicile, que le tuteur aura choiſi, & où le mineur ſera décédé: & c'eſt de ce cas que Mornac, dans l'endroit ci-deſſus, a prétendu parler. C'eſt pourquoi, dans l'eſpece propoſée ci-devant, comme le pere, après l'expi-

ration de ſon bail, avoit été obligé de quitter une ferme qu'il avoit priſe en Hollande, pour ſe retirer à Utrecht, & y faire valoir un bien qu'il avoit; que d'ailleurs pendant pluſieurs années que l'enfant avoit demeuré en cette ville, il avoit paru plein de ſanté & devoir vivre long-temps, en ſorte qu'on ne pouvoit pas ſoupçonner que le pere eût eu intention de frauder les héritiers maternels; il s'enſuivoit aſſez volontiers de tous ces faits, que ce fils mineur avoit eu ſon domicile à Utrecht, où il avoit demeuré, juſqu'au moment de ſon décès, avec ſon pere qui étoit encore ſon tuteur, & ce, ſans contradiction de la part des autres tuteurs de ce mineur.

OBSERVATION

## OBSERVATION XXXIII.

RODENBURGH agite, dans ce Chapitre, quel eſt l'effet que le changement de domicile peut opérer ſur les biens. Il borne ſa Diſſertation aux Statuts réels qui n'exigent point le concours & l'opération de l'homme ; & de tous ces Statuts, il ne traite que de celui qui regle les ſucceſſions.

Comme la ſucceſſion d'un homme eſt ordinairement compoſée de meubles & immeubles, notre Auteur décide qu'à l'égard des immeubles, le changement de domicile ne change en rien le partage de ces immeubles, parce qu'ils ſont toujours régis par les Loix de la ſituation. C'eſt pourquoi, pour ſuccéder aux propres dans la Coutume de Paris, il faudra indépendamment de tout domicile, être parent du défunt le plus proche du côté & ligne de l'acquéreur, parce que telle eſt la diſpoſition de cette Coutume, *art.* 326, ſans que le pere qui a épouſé ſa parente, puiſſe ſuccéder aux propres de ſon fils, quoique pere, & parent du côté & ligne de l'acquéreur, quand ce fils laiſſe d'ailleurs des parents plus proches de l'acquéreur de ce même côté & ligne : car, en ce cas, le pere eſt bien le plus proche parent de ſon fils, & même parent de côté & ligne de l'acquéreur, mais quoique parent du côté & ligne de l'acquéreur, il n'eſt pas le plus proche parent dans ce côté & ligne, ſuivant l'Arrêt de Réglement rendu en la Grand'Chambre du Parlement, du 3 Septembre 1734.

Quant aux meubles, il eſtime qu'ayant leur aſſiette dans le domicile de la perſonne, ils ſuivent, dans les ſucceſſions, le dernier domicile *de cujus*.

Ce que notre Auteur dit par rapport aux immeubles qui ſe trouvent dans les ſucceſſions, & qui ſont toujours régis par les Loix de la ſituation, peut s'appliquer à toutes ſortes de droits purs réels, & qui ſont à prendre ſur certains fonds, comme ſont les cens, rentes foncieres, les droits d'uſufruit, &c.

Par exemple, un homme ſe marie ſans contrat ; dès ce moment la femme a pour douaire la portion que la Loi de la ſituation des biens de ſon mari donne aux femmes mariées, & cette Loi agit à l'inſtant de la célébration de mariage, ſans autre acte & autre concours de l'homme.

Que, depuis le mariage, le mari change, ou ne change pas de domicile, le douaire de la femme eſt toujours le même ſur les biens qui en ont été une fois affectés; & ſi le mari vend quelqu'un des biens chargés du douaire, la femme pourra, arrivant le décès de ſon mari, aſſigner les acquéreurs, à l'effet de la laiſſer jouir de ſon douaire; & ſi le douaire eſt propre aux enfants, ils pourront aſſigner en déſiſtement des héritages, & ce, nonobſtant le décret qu'auroient pu faire les acquéreurs, parce que le décret, dans nos mœurs, ne ſauroit purger le douaire non ouvert, l'action n'étant accordée & acquiſe que par le décès du pere, & non avant: il faut en excepter le douaire qui eſt à prendre ſur des offices que le ſceau purge, encore que non ouvert. Arrêt du 11 Juillet 1702, au rapport de M. Bruneau.

Par la ſuite des mêmes principes de réalité, un homme, qui épouſe une femme, ayant des biens en Normandie, & qui a d'elle un enfant né vif, jouira à titre de viduité, après le décès de ſa femme, des biens ſitués en Normandie, ſoit qu'il y demeure, ſoit qu'il n'y demeure pas, ſoit qu'y ayant été domicilié, il ait changé, ou non de domicile.

C'eſt par la même raiſon qu'un pere pourra, à titre de puiſſance paternelle, jouir des biens de ſon fils, ſitués dans les Coutumes qui lui donnent ce droit.

La raiſon eſt que ces droits de viduité & de puiſſance paternelle, ceux de douaire coutumier (on peut mettre, généralement parlant, dans la même claſſe ceux de garde-noble, ou bourgeoiſe,) ſont tous droits réels qui ſont indépendants du domicile, & que les Loix de la ſituation donnent de leur autorité.

Mais par rapport aux meubles, le changement de domicile peut opérer un grand changement dans la déciſion: car, par exemple, nous avons des Coutumes qui admettent le double lien; c'eſt-à-dire, qui préferent les freres & les ſœurs de pere & de mere, appellés freres-germains, à ceux qui ne ſont freres & ſœurs que de pere, appellés conſanguins, ou qui ne le ſont que de mere, appellés freres utérins. Un homme qui a des freres-germains, & qui demeure dans une Coutume de double lien, aura pour héritiers de tous ſes meubles, ſes freres & ſœurs germains, à l'excluſion de tous les autres.

Que ſi cet homme change de domicile, & va demeurer dans

une Coutume qui ne reconnoît pas le double lien, pour lors tous ſes freres & ſœurs indiſtinctement lui ſuccéderont quant aux meubles.

Un homme demeure dans une Coutume où l'héritier des meubles eſt chargé de toutes les dettes mobiliaires; s'il décede, ſon héritier mobilier paiera toutes les dettes mobiliaires; s'il change de domicile, & qu'il aille demeurer dans une Coutume de contribution, ces dettes ſe contribueront entre tous les héritiers mobiliers & immobiliers.

Nous avons quelques Coutumes qui, en fait de ſucceſſion, mobiliſent certains immeubles, & qui les réputent meubles, encore qu'ils ſoient inhérents & acceſſoires à des immeubles, & cela pour les donner aux héritiers des meubles, à l'excluſion de tous autres: telle eſt la Coutume d'Artois, celle de Lille, celle de Saint-Pol, &c. Ces ſortes d'immeubles ainſi mobiliſés, ſont appellés biens cateux, comme qui diroit biens caducs, parce qu'ils n'ont pas de durée permanente, comme les vrais fonds de terre, & qu'ils peuvent être détruits par un incendie, par une irruption de gens de guerre, ou autrement. C'eſt la raiſon alléguée par Knobbaert ſur la Coutume de Gand, *art.* 5 *de la rub.* 4, *obſ.* 3, *verb.* biens cateux. *Quid cauſæ eſt cur arbores & fructus inhærentes ſolo inter mobilia bona computentur, utique non aliâ quàm quod facili, vel unicâ militum cohorte Domino ſuo eripiantur. Cur ædificia Gandavi immobilium naturam non induunt, hoc ſolum ex capite quod candela negligentiùs aſſervata, aut contempta ſcintilla in cineres ea poſſit redigere & eripere Domino.* Ces biens cateux, réputés meubles, appartiennent, dans la Coutume d'Artois, à l'héritier des meubles, en matiere de ſucceſſion, dit *l'art.* 146 de cette Coutume: *cateux ſortiſſent nature de meubles.* L'Article 9 du titre des Succeſſions de la Châtellenie de Lille, porte: *Que biens meubles & réputés pour meubles* (& tels ſont les cateux) *ſuivent le corps & ſe partiſſent ſuivant la Coutume du lieu de la maiſon mortuaire;* mais ces biens cateux, quoique réputés meubles, ſont d'ailleurs régis par la Coutume où ils ſont ſitués. Voyez M. Maillard, ſur *l'art.* 146 & 187 *de la Coutume d'Artois.*

Il faut encore obſerver que dans ces Coutumes, l'héritier des meubles eſt obligé de payer toutes les dettes mobiliaires; c'eſt la diſpoſition de *l'art.* 16 des Succeſſions de la Châtellenie de Lille. »Les héritiers d'un trépaſſé ſont tenus & pourſuivables,

» chacun pour le tout, au paiement & fourniſſement des det-
» tes, charges & obligations valablement faites & contractées
» par ledit trépaſſé. Néanmoins les hoirs mobiliers, & chacun
» pour le tout, ſont tenus en acquitter les héritiers, ou héritiers
» héréditaires d'icelui trépaſſé; de même dans la Coutume d'Ar-
» tois, *art.* 187, héritiers d'un trépaſſé mobilier, ſont capables
» des dettes & contrats du trépaſſé.

*His poſitis*, un homme a des biens cateux, d'une part, & de véritables immeubles, d'autre, ſitués dans ces Coutumes d'Artois & autres ſemblables. Il décede domicilié dans une Coutume de contribution, où il a auſſi quantité de meubles effectifs, avec des immeubles; il laiſſe différents héritiers: il eſt certain d'abord que l'héritier du domicile qui emporte les meubles, emportera ces biens cateux, réputés meubles. Tel eſt le droit de ces Coutumes.

Il eſt certain, en ſecond lieu, que les dettes du défunt doivent être payées par contribution, puiſqu'il eſt mort en Coutumes de contribution; mais cet héritier des meubles & biens cateux, pourra-t-il prétendre n'être obligé que de contribuer aux dettes mobiliaires, conformément à la Coutume du domicile du défunt; de ſorte que celui des parents qui recueillera des immeubles réels dans les Coutumes d'Artois & autres, ſoit tenu de contribuer à ces dettes mobiliaires, juſqu'à concurrence des immeubles qu'il y prend, ſans recours contre celui qui prend les cateux? Ou bien l'héritier qui recueillera ces biens cateux, devra-t-il acquitter l'héritier qui recueillera des immeubles véritables dans la même Coutume, de la portion des dettes mobiliaires que les biens de ces Coutumes doivent ſupporter, en ſuppoſant la contribution?

La queſtion s'en eſt préſentée au Parlement de Paris, en la Grand'Chambre, le 12 Août 1724, dans l'eſpece ci-après.

M. le Duc de Melun mourut ſans enfants en 1724; il laiſſa pour héritiers les Princes & Princeſſes de Soubiſe, enfants de ſa ſœur; il avoit fait un teſtament, & nommé le Comte de Melun ſon légataire univerſel.

Son domicile étoit à Paris, & ſes biens étoient répandus, entre autres, dans la Coutume d'Artois, où il avoit des biens cateux & des immeubles véritables. Il s'éleva entre M. le Comte de Melun, légataire univerſel, d'une part, & les héritiers du Duc de Melun, d'autre, la queſtion de ſavoir comment les

dettes du Duc ſe paieroient par rapport aux biens cateux ſitués dans la Coutume d'Artois.

M. le Comte de Melun prétendoit que la ſucceſſion de M. le Duc étant ouverte à Paris, qui eſt une Coutume de contribution entre tous les héritiers, & où l'héritier des meubles n'eſt point tenu d'acquitter l'héritier des immeubles, on ne pouvoit l'obliger qu'à contribuer aux dettes, juſqu'à concurrence de ce qu'il amenderoit, & qu'il n'étoit nullement tenu, quoique prenant les cateux en Artois, d'acquitter l'héritier qui prenoit les immeubles dans cette même Coutume.

M. le Prince de Rohan, de ſa part, qui prenoit des propres dans la Coutume d'Artois, ſoutenoit que M. le Comte de Melun devoit, comme héritier des biens cateux, acquitter toutes les dettes mobiliaires dont les biens d'Artois ſeroient tenus dans la contribution générale.

M. Maillard, en ſes Notes, ſur la Coutume d'Artois, avoit prévu préciſément la difficulté. Il obſerve d'abord, ſur *l'art.* 146, que la diſpoſition de cette Coutume doit être reſtreinte au ſeul cas qu'elle exprime, qui eſt celui de la ſucceſſion; d'où il ſuit, ajoute-t-il, que ce raiſonnement eſt juſte. Les cateux ſont meubles en matiere de ſucceſſion; donc ils reſtent immeubles en toute autre matiere.

Mais quoique meubles en matiere de ſucceſſion, il dit, ſur l'*art.* 152, que les biens cateux étant de véritables immeubles, que la Coutume de la ſituation ne défere que comme meubles, à certaines perſonnes, & pour certains effets, ils conſervent toujours leur qualité naturelle d'immeubles dans tout le reſte; que ces cateux ſont chargés des dettes dont les biens d'Artois ſont tenus, quand même le défunt ſeroit décédé dans une Coutume où les meubles & les immeubles contribuent aux dettes.

Je citois un jour cet endroit à un de nos anciens Confreres, en parlant de la queſtion même qui s'étoit élevée dans la ſucceſſion de M. le Duc de Melun, & il m'objecta que M. Maillard ſe contrediſoit ſur l'*art.* 187, où il dit que la ſucceſſion mobiliaire active & paſſive d'un homme décédé en Artois, doit être réglée par la Coutume d'Artois; au lieu que ſi la ſucceſſion mobiliaire étoit ouverte ailleurs qu'en Artois, elle ſeroit réglée activement & paſſivement par la Coutume du domicile.

Je lui fis obſerver que, dans ce dernier endroit, M. Maillard

parloit des véritables meubles naturels, & que, dans cette theſe, il étoit vrai que ces ſortes de meubles ſuivoient la Coutume du domicile ; mais que, dans le premier endroit, il parloit des biens cateux qui, de leur nature, ſont immeubles, ou principaux, ou acceſſoires, & qui ne ſont réputés meubles que par fiction ; qu'auſſi M. Maillard leur donnoit une aſſiette en Artois, & non l'aſſiette du domicile, & les faiſoit toujours régir par la Coutume d'Artois, ce qui levoit la contradiction oppoſée.

En effet, M. Maillard, ſur *l'art.* 146, *n.* 7 de l'ancienne édition, & *n.* 10 de l'édition de 1739, dit préciſément que le partage des cateux ſe regle dans la ſucceſſion, ſelon la Coutume de leur ſituation, & non pas ſelon celle du domicile du défunt.

Au moyen de ce, il faut dire que la Coutume d'Artois régiſſant toujours les cateux, quoique mobiliſés, & la Coutume, en les mobiliſant, les aſſujettiſſant aux dettes du défunt, l'héritier qui recueille les cateux en vertu de la Coutume d'Artois, tout mobiliſés qu'ils ſont, doit néceſſairement payer les dettes dont il eſt chargé par cette Coutume, ne pouvant diviſer la charge, du bénéfice.

Ainſi, dans l'opération, les cateux d'Artois doivent toujours être rangés dans la claſſe des biens d'Artois, pour acquitter les immeubles réels de la même Coutume, des dettes dont cette Coutume charge les cateux.

Cette difficulté née dans la ſucceſſion de M. le Duc de Melun, fut portée aux Requêtes du Palais, où M. le Prince de Rohan, héritier des propres d'Artois, obtint à ſes fins.

Il y eut appel de cette Sentence ; mais depuis il ſe répandit au Palais, que les Parties avoient tranſigé entre elles ; & comme pour lors je travaillois à mes Diſſertations ſur les queſtions qui naiſſent de la contrariété des Loix & des Coutumes, je crus que l'affaire étant accommodée, je pouvois dire ce que je penſois ſur la queſtion, & j'embraſſai, en ma *Queſtion* 22, la déciſion de Meſſieurs des Requêtes du Palais : fondé en cela, ſur la raiſon de M. Maillard, qui me parut vraie & déciſive, qui eſt que les biens cateux ne ſont meubles que par fiction, par conſéquent immeubles en eux-mêmes ; que comme immeubles, on ne peut pas leur donner d'autre aſſiette, que l'endroit du lieu ; & qu'étant aſſis réellement dans le lieu, il n'étoit pas

poſſible encore de les faire régir par d'autres Loix ; qu'ainſi la Loi du lieu de l'aſſiette faiſant une fiction, cette fiction devoit avoir ſon exécution ; mais que cette même Loi aſſujettiſſant ces biens cateux aux dettes, ſuivant *l'art.* 187, on ne pouvoit plus diviſer la fiction d'avec la charge.

Ainſi dans la theſe générale, les meubles ſuivent le domicile ; mais cela s'entend des meubles réels, & non des immeubles qui ne ſont meubles que par fiction, qui nonobſtant la fiction, ne perdent pas leur aſſiette naturelle, & ne ſauroient en avoir d'autres que celle qu'ils ont par eux-mêmes, du moins dans la Coutume d'Artois.

Cette affaire que l'on m'avoit dit être accommodée, ſe trouva par la ſuite ne pas l'être. Si je l'avois ſu, j'aurois attendu, avec reſpect, la déciſion de la Cour, & je n'aurois pas pris la liberté de m'expliquer.

Enfin l'appel fut porté en la Grand'Chambre. M. le Comte de Melun n'oublia rien pour donner du poids à ſa prétention ; il fit conſulter l'affaire aux Avocats du Parlement de Flandres, d'Ypres, de Malines, de Lille & d'Arras, qui tous décidoient en ſa faveur.

Toutes ces Conſultations rouloient ſur un point qui eſt que les biens cateux étant réputés meubles, il falloit leur appliquer toutes les diſpoſitions qui ont coutume de s'appliquer aux meubles, & que le principe eſt que les meubles ſont régis par la Loi du domicile ; en ſorte que ces Conſultants vouloient qu'il en fût des immeubles cateux réputés meubles par la Loi, comme des meubles effectifs.

Cependant comment diviſer la Loi, & comment étendre la fiction ? La Loi répute meubles certains immeubles cateux ; mais en même-temps elle les charge des dettes mobiliaires. Peut-on profiter de la fiction, & ne pas ſubir la charge de la fiction ? Je m'étois déterminé par ces raiſons.

L'affaire fut parfaitement diſcutée en la Grand'Chambre ; les Conſultations qui avoient été diſtribuées abondamment, y furent ſans doute bien peſées ; & néanmoins, le 12 Août 1734, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général Chauvelin, il intervint l'Arrêt contraire à ces Conſultations, qui confirma la Sentence de Meſſieurs des Requêtes du Palais.

Ainſi il y a deux choſes à obſerver par rapport aux cateux en la Coutume d'Artois. La premiere eſt qu'il faut renfermer la

fiction de la Coutume dans ſon cas, qui eſt celui de la ſucceſſion ſeulement, & que hors le cas de la ſucceſſion, les cateux ſont immeubles ſujets au retrait lignager, aux hypotheques, même aux ſubſtitutions, ſuivant l'Article 2 de l'Ordonnance des Subſtitutions, &c. « Par ainſi, dit Bauduin, *art.* 146 de cette » Coutume, la veuve, après le trépas de ſon mari, n'a aucun droit » eſdits cateux, à l'encontre de ſes enfants, ou autres héritiers; » & par une Note anonyme que nous a conſervée M. Maillard, il eſt porté que ſi le teſtateur légatoit tous ſes meubles, les cateux n'y ſeroient compris, comme j'ai obtenu, (eſt-il dit dans cette Note), par Sentence à la Gouvernance d'Arras, pour les cateux de Duiſant. Que ces cateux, quoique mobiliſés en fait de ſucceſſion, ſont toujours régis par la Coutume de leur ſituation, d'où M. Maillard conclut que la repréſentation n'aura pas lieu dans la ſucceſſion des cateux d'Artois, quand même elle auroit lieu dans la Coutume du domicile du défunt, *art.* 152, *n.* 5.

M. Pollet, en ſes Arrêts de Flandres, *part.* 2, *chap.* 1, obſerve que la puiſſance des Coutumes, en ce qui concerne les biens immeubles, eſt borné par leur territoire; & ſi la Coutume de la ſituation les répute meubles, c'eſt pour certains effets qui lui ſont particuliers, & nullement pour les aſſujettir à une Coutume étrangere. Voyez auſſi M. Pinault, en ſes Arrêts de Tournay, *chap.* 293.

Ainſi, dans toutes ces Coutumes, il y a deux ſortes de meubles; les uns qui ſont eſſentiellement meubles, & les autres eſſentiellement immeubles, mais réputés meubles par fiction. Les premiers ſuivent le corps, & ſont, par leur mobilité, regardés comme attachés au corps, & les autres, comme immeubles, ſuivent la Loi de la ſituation, excepté pour tous les cas où la Loi, par fiction, les répute meubles; & comme ils ne ſont tels que par une fiction légale, on ne peut diviſer la fiction, l'exécuter en partie, & la rejetter en partie.

Il y a pareillement dans la Coutume de Metz une fiction qui mobiliſe les immeubles. Dans cette Coutume, *titre* 5 de la différence des biens meubles, immeubles & de gagiere, *art.* 1 *& ſuiv.* il y a deux ſortes d'immeubles, des immeubles très-fonds & des immeubles gagieres: ces deux ſortes d'immeubles ſont de véritables immeubles en eux-mêmes, & par leur nature; mais ils deviennent meubles par fiction, en employant dans

dans le contrat de vente, le terme de gagiere; en ſorte que celui qui achete un immeuble très-fonds, le rend meuble pour le cas de donation, de teſtament, de ſucceſſion.

Si un homme achete à Paris, ou par-tout ailleurs que dans la Ville de Metz, un immeuble très-fonds ſitué dans cette Coutume, il faudra néceſſairement, s'il veut le rendre meuble, qu'il l'acquiere nommément, pour le poſſéder à titre de gagiere, parce que cette expreſſion affecte néceſſairement l'héritage, & eſt une formalité réelle, à l'exemple des expreſſions réelles qu'il faut employer dans les retraits féodaux & lignagers, ſuivant les différentes Coutumes où les héritages ſont ſitués.

Si l'on veut pleinement s'inſtruire de l'effet des gagieres, il faut conſulter la ſavante Diſſertation de M. Ancillo, en ſon Traité de la différence des biens meubles & immeubles de fonds & de gagieres dans la Coutume de Metz, imprimé en 1698, & le Commentaire ſur cette Coutume, imprimé à Metz en 1730.

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

## CHAPITRE III.*

### *De la diversité des Loix, par rapport aux solemnités que l'homme doit observer dans les actes.*

### SOMMAIRE.

I. *Le changement de domicile n'assujettit pas aux nouvelles solemnités du lieu, quand un acte a été passé suivant les formalités de l'ancien domicile.*

II. *Que faut-il dire d'un testament passé dans le premier domicile, suivant un droit singulier, & non selon le droit général & ordinaire?*

CE que nous venons de dire regarde les Statuts réels qui ont leur effet, sans qu'il intervienne aucun acte de l'homme. Passons à ceux où l'acte de l'homme doit intervenir. Nous avons dit qu'il y avoit deux sortes de Statuts; les uns concernant les solemnités, & les autres, le fonds & la substance des actes.

Il n'est pas nécessaire de s'étendre beaucoup sur les premiers; & comme les principes sont certains, nous en dirons peu de chose dans ce Chapitre; mais nous parlerons plus amplement des seconds dans le Chapitre suivant; ce que nous avons à dire, quant à présent, dépend de ce que nous avons discuté ci-devant très-abondamment, *part.* 1, *chap.* 3, qui est que par rapport aux solemnités des actes, il faut observer celles qui sont prescrites par la Loi du lieu où ces actes se passent, encore que dans le lieu du domicile, ou de la situation de la chose, on observe, pour ces mêmes actes, d'autres formalités; & si je rebattois encore ces principes, ce seroit traiter deux fois la même chose.

Je passe donc à une autre question, & je demande si le changement du domicile, depuis l'acte valablement fait, pourroit donner atteinte à cet acte, & il faut répondre que non: car de même qu'il est permis de contracter hors de son domicile, selon la forme observée dans le lieu du contrat, & que ce con-

trat, valable dans ſa forme, ne ceſſera pas d'être valable, quoique vous ſoyez retourné chez vous, comme nous l'avons prouvé ci-devant; il faut dire de même, que le contrat que vous auriez paſſé dans le lieu de votre domicile, ne laiſſera pas de ſubſiſter, encore que vous alliez demeurer dans un endroit où les formalités ſont toutes différentes.

L'on peut tirer de fort bons moyens pour le ſoutien de cette propoſition, de ce que dit Peckius, *de teſt. lib.* 4, *cap.* 25. C'eſt pourquoi il faut décider que le teſtament d'un Hollandois, fait en Hollande, & qui depuis change de domicile, & s'en vient demeurer & mourir à Utrecht, ne ceſſe pas de valoir, encore que ce Hollandois n'ait pas obtenu de Lettres pour teſter, leſquelles ſont de néceſſité chez nous, parce que ces Lettres ſont de formalité, comme nous avons dit ailleurs, & ces principes généraux ont lieu en matiere de teſtaments faits par gens non privilégiés.

Dirons-nous le contraire par rapport aux teſtaments privilégiés? c'eſt ce que l'on n'eſtime pas. Suppoſons, en effet, qu'un Payſan ait fait, dans ſon Village, un teſtament en préſence de cinq témoins, ſuivant la Loi derniere, *C. de teſt.* qu'enſuite il vienne demeurer en la Ville où l'on teſte ſuivant le Droit commun, ſon teſtament ne ſera pas annullé pour cela; mais il ſubſiſtera dans toute ſa force; étant de maxime que les choſes qui ont été, dans leur principe, valablement faites, continuent de valoir par la ſuite, encore qu'il ſurvienne quelque événement qui en eût empêché la validité, s'il étoit ſurvenu pour lors, *L.* 85, §. 1.

Quant aux privileges accordés parmi nous au teſtament du Soldat, & de celui qui teſte en Pays ennemi, avec les formes preſcrites pour les teſtaments militaires, il n'en eſt pas queſtion dans ce chapitre: car en ce qui touche ces ſortes de teſtaments, la difficulté ne ſauroit être de ſavoir ſi par le changement de domicile du Soldat, ſon teſtament fait militairement, eſt annullé; mais toute la queſtion doit ſe renfermer à ſavoir ſi ce teſtament peut ſubſiſter depuis que le teſtateur n'eſt plus chez l'ennemi, ou que le Soldat a reçu ſon congé.

## OBSERVATION XXXIV.

RODENBURGH, dans le préſent Chapitre, traite la queſtion de ſavoir, ſi en changeant de domicile, un acte revêtu de ſes formes peut recevoir quelque atteinte, ou même être annullé ſur le fondement que dans le lieu du nouveau domicile, il y a d'autres formalités requiſes.

Avant que de décider cette queſtion, il répete ce qu'il avoit dit, *part.* 1, *ch.* 3, qui eſt que par rapport aux ſolemnités des actes, il faut obſerver celles qui ſont preſcrites par la Loi du lieu où les actes ſe paſſent; en ſorte que, ni la Loi du domicile, ni la Loi de la ſituation n'influent pas ſur les formalités des actes, comme Loi du domicile, ou comme Loi de la ſituation, mais comme Loi du lieu où l'acte a été paſſé, lorſque les parties y ont contracté.

Après ces principes préliminaires, notre Auteur décide qu'un acte revêtu des formes du lieu où il a été paſſé, ſubſiſte nonobſtant tout changement de domicile.

La raiſon qu'il en donne eſt très-déciſive: tout le monde, dit-il, convient qu'un homme ayant contracté hors ſon domicile, ſuivant la formalité du lieu où l'acte ſe paſſe, étant revenu chez lui, cet acte n'en eſt pas moins valable, quoique les formalités de ſon domicile ſoient différentes: d'où il ſuit, à plus forte raiſon, qu'un acte fait dans le lieu du domicile, ſuivant les formalités du lieu, ne ſauroit ſouffrir d'atteinte, ſous prétexte que celui qui l'a paſſé, va depuis demeurer ailleurs où les formalités ne ſont pas les mêmes, & notre Auteur fait une application de cette déciſion aux teſtaments.

Le principe ſur la queſtion générale eſt que *jus probationis oritur à principio, unde poſtea ex quo jus eſt ortum non tollitur mutatione loci*, Bald. C. de ſumm. Trinit. n. 81.

En effet, il n'eſt ici queſtion que de l'effet de la preuve & de l'authenticité de l'acte. Or cet effet *ineſt ſuæ cauſæ, & titulo, & tunc ſicut titulus eſt utilis, ita effectus eſt indiviſibilis*, Bald. eod. loc.

Hertius, *ſect.* 4, *n.* 25, agite préciſément la queſtion dans le cas d'un teſtament. *Caius teſtamentum ſecundùm domicilii Le-*

*ges fecit ; ſed in alium poſtea locum transfert domicilium, ibique diem obit, ubi aliis vivitur.* Il obſerve que Bachovius, *ad treutler. vol.* 2, 16, §. 6, *B.* eſt d'avis que le teſtament en queſtion ne ſauroit ſubſiſter. *Eo quod teſtamentum in eum inciderit caſum, à quo incipere non potuit*, L. 140, ff. *de verbor. obligat.* mais il ajoute auſſi-tôt que ce ſentiment ne lui paroît pas bon, & qu'il eſt d'un avis contraire : *mihi contrarium placet quod teſtamentum fuit perfectum ut ubique locorum valere poſſit*, *L.* 85, *de reg. juris.*

Hertius & Bachovius ſont, comme l'on voit, d'avis fort différents, & tous les deux s'appuient d'autorités.

Hertius ſe fonde ſur la Loi 85, §. 1, *de reg. jur. non eſt novum ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licet ille caſus extiterit à quo initium capere non potuerunt.*

Ce principe n'eſt pourtant pas général ; il eſt des cas où le contraire a lieu. La Loi 140, §. 2, *ff. de verbor. obligat.* qui fait l'appui du ſentiment de Bachovius, en fait foi : *placet*, dit cette Loi, *extingui obligationem, ſi in eum caſum inciderit, à quo incipere non poteſt.*

Mais cette ſeconde Loi n'eſt pas non plus un principe général, puiſqu'elle ajoute une modification ſur laquelle il n'eſt pas permis de paſſer, *non tamen hoc in omnibus verum eſt ;* ce qui fait connoître que ces deux Loix ſe ſervent de reſtriction l'une à l'autre, & que l'application qu'on en peut faire dépend des différentes circonſtances : ainſi le point de la difficulté eſt de leur trouver à chacune les différentes eſpeces où elles peuvent convenir.

La grande ſolution en cette matiere, & la ſeule voie même d'accorder ces Loix, eſt de diſtinguer ſi l'acte de la validité duquel il eſt queſtion, eſt parfait en ſoi ; s'il a tellement reçu ſon complément, qu'il ſoit indépendant de quelque événement qui puiſſe ſurvenir dans le futur, & pour lors c'eſt le cas de dire avec la Loi 85, *de reg. jur. non eſt novum ut quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, &c.*

Par exemple, une donation eſt revêtue de toutes les formalités preſcrites par les Loix ; cette donation eſt valable encore que le donateur change de domicile, & que les Loix pour l'inſinuation changent pareillement, parce que la donation ayant été revêtue de toutes les formalités lors preſcrites, *nihil amplius deſideratur.*

Une question qui ne laisse pas que d'être curieuse seroit de savoir si la donation ayant été insinuée, sans avoir rempli exactement les formalités lors prescrites par les Ordonnances, cette donation pourroit valoir, en cas que par la suite, & avant le décès du donateur les formalités changeassent, & que les Ordonnances prescrivissent celles que l'on auroit observées. Il est vrai que dans ce cas la donation au jour du décès du donateur qui est le moment fatal, se trouveroit revêtue de ses formes, & que l'on pourroit alléguer que les parties se seroient mises en regle, si l'Ordonnance n'étoit pas survenue qui les y a mises elle-même, & qui les a dispensées de toutes démarches.

Pour moi voici ce que je penserois sur cette question; j'estimerois cette donation valable contre les héritiers & ayants cause à titre de disposition testamentaire du donateur; mais comme les Loix ne rétrogradent pas au préjudice d'un tiers, je distingue : la nouvelle Ordonnance aura lieu contre ceux qui n'avoient pas de droit dans le temps intermédiaire entre la donation & la nouvelle Ordonnance, & qui ne l'ont eu que depuis, & non contre les autres qui avoient droit.

Que si, au contraire, l'acte n'est pas parfait en soi, en ce qu'il lui manque quelque chose qui ne peut lui être donné que dans le futur, & que le droit en soit en suspens, c'est le cas de dire avec la Loi 140, *de verb. oblig. & si placeat extingui obligationem, &c. non tamen hoc in omnibus verum est*, parce qu'effectivement l'acte peut valoir, ou être annullé suivant la nature des événements qui peuvent survenir.

Vinnius, *tit.* 2, *liv.* 20, §. 14 des instituts, nous rend l'esprit de ces Loix en termes bien expressifs : *in negotiis omni ex parte perfectis, id est quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio nunquam ea quæ utiliter sic gesta, & consummata sunt, infirmari ob eam causam quod ille casus evenerit à quo consistere non poterant : quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hîc aliud atque aliud pro conditione casûs postea incidentis, placet.*

Cette distinction a une abondance de bon sens qui plait & qui frappe.

Par exemple, & ceci regarde le premier membre de la distinction, tout le monde conviendra qu'encore qu'un furieux ne puisse pas contracter mariage, cependant si la fureur ne sur-

vient qu'après le mariage contracté, le mariage ſubſiſte en ſon entier. *L. patre furioſo*, 8, *ff. qui ſunt ſui*, *L. furor*, 8, *de ſponſal. lib. L. oratione*, *ff. de ritu nupt.* & la raiſon en eſt que le mariage eſt parfait dès le moment de la célébration, *nihil futuri ad perfectionem ejus deſideratur;* il eſt par conſéquent indépendant de la fureur qui peut ſurvenir depuis qu'il eſt contracté par un homme qui pour lors jouiſſoit de toute ſa raiſon.

Un homme a fait une tranſaction, un partage, un emprunt, &c. & il étoit dans une pleine ſanté de corps & d'eſprit; tous ces actes ſubſiſteront, encore que par la ſuite il tombe en démence: ils ſont parfaits à l'inſtant même qu'ils ſont paſſés.

Un homme eſt créancier par contrat de conſtitution, paſſé à Paris, où le contrôle n'eſt pas néceſſaire pour l'hypotheque; il va demeurer en Normandie, où le contrôle eſt néceſſaire; il ne ſera pas obligé de faire contrôler ſon contrat qui a reçu ſa perfection à Paris.

Ce premier membre de la diſtinction ne paroît ſuſceptible d'aucune exception; mais le ſecond membre qui regarde les actes pour la perfection deſquels *aliquid amplius deſideratur pro futuro*, n'a pas une application auſſi générale, *aliud atque aliud placet*, dit Vinnius, & il faut diſtinguer les différents cas qui peuvent ſurvenir, parce que, ſuivant la nature des cas, l'acte ſera nul ou ne le ſera pas.

Par exemple, des conjoints dans la Coutume de Paris, n'ayant pas d'enfants, ſe font un don mutuel; la validité de cette donation dépend d'un événement dans le futur; y aura-t-il des enfants au jour du décès de l'un des conjoints? n'y en aura-t-il pas? s'il y en a, le don mutuel devient caduc, & il ſubſiſte, s'il n'y en a point.

Un homme domicilié en Pays de Droit écrit, & qui y a ſes biens, fait ſon teſtament, & inſtitue Mævius ſon héritier; Mævius décede avant le Teſtateur. Le teſtament, ſelon le droit obſervé chez nos anciens Romains, étoit infirmé en totalité, parce que ſa validité dépendoit de la ſurvie de l'héritier, & que le cas eſt arrivé où Mævius décédé n'a pas pu être héritier.

Suivant la nouvelle Ordonnance de 1735, il y auroit lieu de décider aujourd'hui le contraire: le teſtament ſubſiſte quant aux diſpoſitions particulieres: voyez les *art.* 53, 57, 58 de cette Ordonnance.

Un homme a fait ſon teſtament, & depuis il eſt banni à per-

pétuité du Royaume ; son testament sera comme non écrit, & n'aura nulle exécution, *Inst. quibus modis test. infirm.* §. 4, & Coquille dit que tel testament devient à néant. *Inst.* du Droit françois.

Au contraire, le Testateur, depuis son testament, devient furieux, imbécille, ou est interdit pour prodigalité, son testament subsistera, *L.* 18, *qui testam. facere possunt.*

Il est certain que le banni, le furieux, l'imbécille, &c. dont nous venons de parler, ne peuvent pas tous faire au jour de leur décès un testament valable ; cependant s'ils en ont fait un auparavant, la survenance de ces empêchements rend le sort de ces testaments bien différent : celui du banni est nul, & comme non écrit ; & celui du furieux subsiste dans toute sa force : d'où peuvent provenir des décisions si différentes ?

Vinnius a remarqué que, suivant la nature & la qualité de l'événement, il falloit décider pour, ou contre la validité de l'acte, *aliud atque aliud pro conditione casûs postea incidentis placet.*

Or dans l'espece d'un banni, l'homme perd la capacité de tester par son délit qui doit lui nuire, & qui annulle son testament ; au lieu que dans l'espece d'une fureur survenue, si l'homme ne peut pas tester, c'est sans son fait, *non suo facto & delicto :* il n'a pas perdu la faculté de tester comme l'a perdu le banni, mais seulement l'exercice de la faculté, & ayant disposé dans un temps permis, sa disposition doit subsister nonobstant le changement qui survient en sa personne.

Quand donc un acte dépend pour sa validité, ou invalidité, de ce qui peut arriver, ou ne pas arriver dans le futur, il paroît nécessaire dans ce cas de distinguer la nature des différents événements qui peuvent survenir, & de bien peser les termes dans lesquels la Loi peut être conçue : si la Loi qui permet certains actes, ne les permet que posé certains cas dans le futur, & si elle les annulle dans d'autres, pour lors l'acte subsiste ou ne subsiste pas, suivant que les cas arrivent ou n'arrivent pas : vous en avez des exemples dans ce que je viens de citer du don mutuel & du testament ; que si la Loi a permis certains actes purement & simplement, mais que les cas qui surviennent changent l'état des choses, pour lors il faut considérer la nature du changement. Mais qu'il me soit permis de proposer l'espece suivante.

Une

Une femme domiciliée à Paris, fait ſon teſtament ſans l'autoriſation de ſon mari : ſon teſtament eſt valable ; mais comme du vivant du Teſtateur, un teſtament n'a, ni force, ni vertu, il eſt vrai de dire que, *ad plenam perfectionem ejus aliquid amplius deſideratur :* cette femme va demeurer en Bourgogne, où pour teſter elle a beſoin de l'autoriſation de ſon mari, cet événement ſera-t-il de la nature de ceux qui peuvent annuller le teſtament ?

Pour la déciſion de cette queſtion, il faut remarquer que la femme, par ſon changement de domicile de Paris en Bourgogne, ne perd pas la capacité de teſter ; elle a également dans l'une & l'autre Coutume, *jus teſtandi.* Pour mettre à Paris cette capacité en œuvre, il ne faut point d'autoriſation, & il en faut en Bourgogne ; mais eſt-il juſte que la femme ayant uſé de ſon droit dans le temps qu'elle demeuroit à Paris, & ayant déclaré ſes dernieres diſpoſitions par un acte valable & légitime, & d'une date certaine, elle en perde le fruit par une tranſlation de domicile qui n'eſt pas de ſon fait ?

Ce que notre Auteur décide ici au ſujet du changement de domicile depuis la confection des teſtaments en général, peut mériter quelques réflexions par rapport aux teſtaments olographes.

Cette eſpece de teſtaments appartient-elle à la forme & à la ſolemnité, ou appartient-elle à la capacité de teſter, comme l'a penſé M^e Jean-Marie Ricard ?

Il ſembleroit qu'elle appartiendroit à la forme & à la ſolemnité.

En effet, *l'art.* 289 de la Coutume de Paris, appelle cette ſorte de teſtament, *teſtament ſolemnel.* Pour réputer, (dit cet art.) un teſtament ſolemnel, il eſt requis qu'il ſoit écrit & ſigné du Teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires, &c.

On voit que cet article requiert pour la ſolemnité du teſtament, l'une ou l'autre de ces deux choſes, ou qu'il ſoit écrit & ſigné du Teſtateur, ou qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires.

Or, on ne peut pas nier que ce qui eſt réglé & preſcrit par rapport aux deux Notaires devant qui le Teſtateur peut paſſer ſon teſtament, ne le ſoit pour déterminer la maniere & la forme de cette ſorte de teſtament.

Mais le teſtament écrit & ſigné du Teſtateur, eſt une autre

eſpece de teſtament ſolemnel. L'écriture & la ſignature du teſtateur ſont comparées & miſes de niveau avec l'écriture & la ſignature des Notaires, & appartiennent par conſéquent également à la forme & à la ſolemnité.

Auſſi l'Article 22 de l'Ordonnance de 1735, déclare que dans les Pays où les formalités de Droit écrit, pour les diſpoſitions des dernieres volontés, ne ſont pas admiſes, il n'y aura, à l'avenir, que deux formes qui puiſſent avoir lieu pour leſdites diſpoſitions; ſavoir, celle des teſtaments, codicilles & autres diſpoſitions olographes, & celles, &c.

L'écriture & la ſignature de la main du teſtateur, ſont donc des formalités; c'eſt une forme & une maniere de teſter ſolemnellement, comme de teſter pardevant Notaires: delà il ſembleroit qu'il faudroit dire que les non-domiciliés qui, par haſard, ſe trouveront à Paris, ou dans l'étendue de la Coutume, pourront teſter par la voie du teſtament olographe.

Toute la précaution que pourroit prendre un teſtateur qui ſeroit expoſé à parcourir différentes Provinces, ce ſeroit d'aſſurer par une date publique & certaine, celle du teſtament olographe qu'il auroit fait à Paris, comme de le dépoſer chez un Notaire de la Prévôté & Vicomté, ou de l'envelopper & le cacheter, & de faire mettre la ſignature & le paraphe des Notaires ſur l'enveloppe, avec un mot de procès-verbal.

Il s'enſuivra encore de ce premier avis, que le Pariſien, ou le domicilié dans la Vicomté de Paris, ne pourra plus teſter par la voie du teſtament olographe, ſi lors de ſon teſtament il ſe trouve dans un endroit qui ne reconnoiſſe pas cette forme de teſter, comme eſt le Pays de Forêt, ſuivant l'Arrêt de Réglement de 1626 & celui du 20 Août 1725; parce qu'il eſt de principe qu'il faut ſuivre les formalités du lieu où l'on teſte; M. le Camus, Lieutenant-Civil, a donné ſon acte de notoriété le 13 Septembre 1702, dans lequel il adopte les deux propoſitions ci-deſſus.

Mais ce premier avis n'eſt pas celui de tous nos Juriſconſultes. Il y en a qui eſtiment au contraire, que cette ſorte de teſtament olographe appartient à la capacité perſonnelle, & dépend du domicile du teſtateur; en ſorte que le domicilié à Paris, peut teſter par teſtament olographe, en quelque endroit qu'il ſe trouve, même en Pays où les teſtaments olographes n'ont pas lieu, & que celui qui eſt domicilié dans ces Pays,

ne pourroit pas faire à Paris un teſtament olographe valable.

Écoutons Ricard qui eſt de ce dernier avis. C'eſt en ſon Traité du Don Mutuel, *n.* 306, où, après être convenu qu'il faut avoir égard » au lieu où l'acte a été paſſé, il dit que cette maxime »qui, en général, ne reçoit aucune difficulté dans notre uſage, »doit être limitée dans l'eſpece du teſtament olographe, d'au- »tant que le teſtateur en eſt le ſeul miniſtre; & le caractere qu'il »a pour cet effet, étant attaché & inhérent à ſa perſonne, il »l'emprunte ſeulement de la Coutume, laquelle a empire ſur lui, »qui eſt celle de ſon domicile; & comme c'eſt une faculté per- »ſonnelle qui ne peut ſe détacher de lui, il la porte en quelque »endroit qu'il aille : elle l'accompagne en quelque lieu qu'il ſe »trouve, auſſi-bien que la faculté de teſter qui lui eſt donnée par »la Loi de ſon Pays, & qu'il n'auroit pas par la Coutume du »lieu où il ſe rencontre; & ainſi un teſtament olographe fait en »Pays de Droit écrit qui n'en admet pas l'uſage, par une per- »ſonne domiciliée ſous la Coutume de Paris, qui les reçoit, »ſeroit valable pour la forme : de même par la raiſon des con- »traires, ſi une perſonne du Pays de Droit écrit, ſe trouvant »par haſard à Paris, y faiſoit un teſtament olographe, il ne pour- »roit pas avoir d'exécution; ce particulier ne pouvant pas em- »prunter une faculté perſonnelle d'une Coutume qui ne gouverne »pas la perſonne, s'agiſſant, en cette occaſion d'une capacité »qui doit ſe rencontrer en lui, puiſqu'il eſt le ſeul miniſtre de »l'acte; laquelle dépend de la Loi de ſon domicile ..... »joint qu'autrement une perſonne du Pays de Droit écrit, ayant »été une fois, pendant ſa vie, dans les Provinces coutumieres, »il ſeroit en ſa liberté de faire fraude aux Loix de ſon Pays, »en antidatant ſa diſpoſition; les écritures privées n'ayant pas »de date, ni de lieu certain. »

L'avis de M^e^ Jean-Marie Ricard, (qu'on me permette de le dire par forme d'obſervation) ſemble aller directement contre ce qui eſt écrit dans *l'art.* 289 de la Coutume de Paris; & à l'égard de l'inconvénient de fraude qu'il allegue, il eſt facile d'y remédier comme nous l'avons obſervé ci-devant.

Dira-t-on que la Coutume de Paris, par rapport au teſtament olographe, ne s'adreſſe qu'aux domiciliés dans la Coutume? Cela ſeroit bon, ſi *l'art.* 289 donnoit la capacité fonciere & perſonnelle de teſter; mais il n'indique qu'une forme. La Coutume parle dans le même Article, & du teſtament olo-

graphe, & du teſtament pardevant Notaires : elle qualifie l'un & l'autre du nom de teſtament ſolemnel, & indépendamment de tout domicile : il ſemble que tous deux peuvent être également faits dans les lieux où ils ſont autoriſés, par tout homme qui a la capacité de teſter.

Mais dira-t-on, la Coutume de Paris rend le teſtateur miniſtre de ſon teſtament olographe : à la bonne heure. Mais pourquoi la Coutume ne pourra-t-elle pas également rendre miniſtre tout homme qui teſte dans l'étendue de ſa Juriſdiction, & ſur qui, par l'exiſtence actuelle dans le lieu, elle a une ſorte d'autorité ?

La déciſion de Ricard, en cet endroit, eſt fondée ſur ce qu'il eſtime que la capacité de teſter en général, eſt pure perſonnelle, & ſe porte même dans les Coutumes qui n'accorderoient pas la même capacité ; & ce premier pas fait, il eſt plus facile de faire marcher enſemble la capacité de teſter & la qualité de miniſtre, ce qui opere deux effets : le premier, que la capacité pure perſonnelle ſe portant par-tout, celle de miniſtre s'y porte pareillement ; le ſecond, que la capacité pure perſonnelle ſe prenant de la Loi du domicile, il n'y a que les domiciliés qui puiſſent être miniſtres. Mais ne peut-on pas répondre que l'homme qui fait ſon teſtament, eſt capable de teſter, avant que d'être miniſtre de ſon teſtament ? Ce qui fait voir que la qualité de miniſtre n'eſt que de formalité & de ſolemnité, qui s'emprunte du lieu, & non du domicile. D'ailleurs j'ai fait voir, en *l'Obſervation* 28, contre l'avis de Ricard, que la capacité de teſter étoit perſonnelle réelle, & qu'elle ne ſe portoit pas dans les Coutumes qui n'admettent pas la même capacité ; de ſorte que le principe de déciſion de Ricard ſouffrant quelque atteinte, ſa déciſion particuliere n'a plus le même poids & la même force.

D'ailleurs le miniſtre d'une Loi, n'eſt miniſtre que dans les endroits où la Loi a autorité & Juriſdiction ; hors delà le miniſtre n'eſt plus rien : ce n'eſt pas ici un Envoyé, un Ambaſſadeur dont la qualité eſt reſpectée par le Droit des Gens ; & comment donc un teſtateur qui, hors du lieu, eſt un homme privé, pourroit-il faire, hors du lieu, quelque choſe de valable, comme miniſtre ?

Nonobſtant toutes les réflexions que je viens de faire contre l'avis de Ricard, je ne puis m'empêcher de l'embraſſer & de le ſuivre.

En effet, un teſtament olographe eſt un teſtament écrit de la propre main du teſtateur, & ſigné de lui ; l'écriture & la ſignature du teſtateur ſont l'eſſence même conſtitutive de cette eſpece de teſtament ; & ce qui eſt particulier & propre à cette nature de diſpoſition, eſt que ce qui forme ſon eſſence, forme encore ſa preuve & ſon authenticité : il ſe prouve par les choſes mêmes qui le font être teſtament ; auſſi nos Coutumes l'appellent-elles teſtament ſolemnel.

Mais qui ne ſent qu'un droit, une prérogative qui rend la même perſonne agent, miniſtre & témoin tout à la fois, eſt attaché & inhérent en la perſonne ; que cette faculté lui eſt perſonnelle & *perſonnaliſſime* ; que c'eſt un droit qui l'affecte intimement, dont il ne peut pas plus ſe détacher que de lui-même, & qui par conſéquent le ſuit & l'accompagne par-tout, dans toutes les Coutumes mêmes prohibitives ?

Il eſt vrai qu'outre l'écriture & la ſignature, on exige encore la date ; mais c'eſt une formalité de ſurcroît & de précaution pour prévenir quantité de conteſtations, formalité qui eſt totalement extrinſeque à la véritable nature de ce teſtament, & qui n'altere en rien l'affectation dont le domicilié eſt frappé par la Loi. Voyez M. Bouhier, *chap.* 28, *n.* 20, où la queſtion eſt magnifiquement traitée, & où il embraſſe l'avis de Ricard.

Ne pourroit-on pas de ces deux avis, en former un qui conſerveroit, d'un côté, les principes généraux qui veulent que pour qu'un teſtament ſoit valable, il ſoit fait ſuivant les formes du lieu où il ſe paſſe, & de l'autre qui ne donneroit pas atteinte à la capacité accordée aux domiciliés à Paris, & autres Coutumes ſemblables, de teſter par la voie du teſtament olographe ?

Ainſi ne pourroit-on pas dire avec Ricard, que celui qui eſt domicilié dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, pourroit, en quelque endroit qu'il teſte, teſter par la voie du teſtament olographe, & cela pour lui conſerver effectivement ce droit qui ſemble être attaché à la perſonne ? mais auſſi ne pourroit-on pas encore admettre que l'étranger qui ſe trouve même par haſard à Paris, ou dans une Coutume ſemblable, pourra teſter par teſtament olographe, en aſſurant néanmoins la date de ſon teſtament, comme il a été obſervé ci-devant, puiſque la nature de ce teſtament ſemble dépendre de la forme, & que les regles générales le demandent ainſi ?

Je ſais que ce tempérament paroîtra bizarre : il n'eſt pas même pris d'après les regles auſteres de la Logique. Mais un Juriſconſulte doit-il toujours décider logiquement ? & le bien général d'une Nation n'autoriſe-t-il pas à adopter certaines déciſions de convenance, quand une Loi préciſe ne s'y oppoſe pas ?

J'obſerverai, en paſſant, qu'il n'étoit pas néceſſaire, avant l'Ordonnance de 1735, que le teſtament d'un Bourgeois, fait olographe, en matiere du moins de cauſe pie, fût daté, ſuivant qu'il a été jugé par Arrêt du 10 Mars 1732, en la Grand'-Chambre, au ſujet du teſtament du ſieur Caboud, qui, quoique non daté, fut confirmé au profit des Curés & Marguilliers de la Paroiſſe de Notre-Dame-de-Bonnes-Nouvelles, qui obtinrent délivrance du legs porté par ce teſtament.

Depuis l'Ordonnance de 1735, un pareil teſtament non daté du jour, du mois & de l'année, ne vaudroit plus rien : toutes ſortes de teſtaments doivent être datés à peine de nullité ; c'eſt ce qui réſulte des Art. 12, 16, 20, 29, 35, 38 & 47 de ladite Ordonnance.

Mais à l'occaſion même de cette Ordonnance, il s'eſt élevé la conteſtation de ſavoir ſi un teſtament olographe fait depuis l'Ordonnance de 1735, par un domicilié à Paris, non daté du lieu où il avoit été fait, étoit valable.

La queſtion fut conſultée à M. Sarazin, à M. Pillon & à M. Beviere, qui déciderent pour la nullité du teſtament : cette cauſe fut plaidée par deux excellents Orateurs, M. du Vaudier & M. Bigot de Sainte-Croix, & par Arrêt du 14 Juillet 1749, rendu en la Grand'Chambre, confirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, du 7 du même mois, le teſtament fut déclaré bon & valable.

Le moyen de M. du Vaudier, qui plaidoit pour la validité du teſtament, étoit qu'en fait de teſtament olographe, il n'y avoit aucune Loi qui aſſujettît à la date du lieu ; cette formalité étoit requiſe par rapport aux teſtaments paſſés pardevant Notaires. Il y avoit des Ordonnances à cet égard, & ces Ordonnances étoient ſages : il falloit que l'on pût connoître, ſi ceux qui l'avoient reçu avoient droit de le recevoir, s'ils étoient Officiers publics dans le lieu, ſi les formalités du lieu où ces diſpoſitions étoient paſſées, avoient été remplies.

Il eſt vrai que l'Ordonnance de 1735, veut en l'*art.* 38, que tous teſtaments, même les olographes, ſoient datés du jour,

mois & an ; mais elle ne parle pas du lieu : ainſi il faut en revenir aux Ordonnances précédentes, & toutes n'exigent la date du lieu que par rapport aux actes paſſés pardevant Notaires : voyez Baſnage, *art.* 422 de la Coutume de Normandie.

De la part de M. Bigot de Sainte-Croix, qui attaquoit de nullité le teſtament, on diſoit que les Ordonnances anciennes, & la nouvelle de 1735, exigeoient que tous actes fuſſent datés ; que cela devoit s'entendre des teſtaments, même olographes, qui étoient de véritables actes ; que qui dit dater, dit marquer le lieu, le jour, le mois & l'année ; qu'à la vérité, la queſtion avoit paru douteuſe anciennement, & que quelques Arrêts peuvent avoir admis ces ſortes de teſtaments olographes non datés, mais que par la nouvelle Juriſprudence, on eſt revenu aux véritables principes ; que tel eſt l'avis de Ricard en ſon traité des donations & de pluſieurs autres.

A quoi l'on pouvoit répondre, (& rien ſans doute n'a échappé à la capacité connue du défenſeur,) qu'effectivement, en général, dater un acte eſt entre autres choſes marquer le lieu où il a été fait ; mais que l'Ordonnance de 1735, qui a voulu fixer tous les doutes, & faire connoître la véritable notion du terme *dater* en cette matiere, la reſtreint en l'*art.* 38, à la date du jour, du mois & de l'année ; qu'il faut faire différence entre les actes paſſés pardevant Notaires, & les teſtaments ſimplement olographes ; que par rapport aux actes paſſés pardevant Notaires, il y a des Ordonnances préciſes, & qu'il y a néceſſité que la date du lieu y ſoit marquée par les raiſons ci-deſſus ; mais que par rapport aux teſtaments olographes, la date du lieu eſt inutile, parce que c'eſt la Loi du domicile & non celle du lieu qui donne la capacité de teſter par teſtaments olographes ; que quand un homme, par la Loi de ſon domicile, eſt capable de cette ſorte de teſtament, il eſt, comme dit Ricard, le miniſtre de ſon teſtament, & porte cette qualité & cette capacité par-tout ; que toutes les ſolemnités de ce teſtament conſiſtent dans l'écriture & la ſignature du Teſtateur ; que s'il en faut d'autres, il doit y avoir une Loi qui en ce cas ajoute & augmente aux choſes eſſentiellement requiſes ; qu'ainſi la date du lieu néceſſaire pour les actes entre-vifs à cauſe des raiſons ci-deſſus expliquées, eſt totalement inutile par rapport à ces ſortes de teſtaments ; que ſi l'on y requiert la date du jour, du mois, de l'année, c'eſt pour éviter,

ſoit la rencontre & la concurrence des différents teſtaments, ſoit quelques autres inconvénients, mais qui ſont purement accidentels.

En effet la date du lieu eſt, ou une formalité habilitant la perſonne, ou une formalité probante, ou une formalité intrinſeque & conſtitutive, ou enfin une formalité complémentaire.

Ce ne peut pas être d'abord une formalité intrinſeque & conſtitutive : car la date ne ſe met qu'à la fin des actes; ils exiſtent de la nature dont ils doivent être, quand la date y eſt appoſée; c'eſt une vente, un échange, un prêt, un teſtament: tous ces actes ont reçu leur forme intrinſeque & conſtitutive avant la date.

Ce n'eſt pas une formalité complémentaire; car la formalité complémentaire eſt hors l'acte, & ne s'ajoute qu'après qu'un acte a reçu toute ſa perfection, elle ne s'ajoute que pour l'exécution.

Reſte donc que ce ſoit une formalité habilitante, ou une formalité probante.

Ce n'eſt pas une formalité habilitante : car le Teſtateur ne tient pas ſa capacité du lieu où il fait ſon teſtament olographe; mais de la Loi de ſon domicile; & quand la Loi le déclare capable de faire cette ſorte de teſtament, il porte cette capacité par-tout, même dans les lieux où les teſtaments olographes ne ſeroient pas admis; parce que, (& Ricard a raiſon de le dire,) la Loi le conſtitue le miniſtre de ce teſtament, & que dans les véritables principes le teſtament olographe écrit & ſigné du Teſtateur, eſt, ſelon toutes nos Coutumes, un teſtament ſolemnel.

Il reſte donc que ce ſoit une formalité probante; mais pour cela il faudroit que la Loi l'exigeât par une diſpoſition expreſſe : car d'ailleurs la véritable & ſolide preuve d'un teſtament olographe conſiſte dans l'écriture du Teſtateur & dans ſa ſignature : ſi d'ailleurs il faut ajouter le jour, le mois & l'année, c'eſt qu'il y a une Loi qui l'a ordonné ainſi, en l'*art.* 47 de l'Ordonnance de 1735.

Cette Loi nouvelle à l'égard du jour, du mois & de l'année eſt ſage, & a été faite pour lever tous doutes, & fixer une Juriſprudence qui avoit été aſſez incertaine juſques-là; mais il n'y a pas de Loi quant à la date du lieu.

CHAPITRE

# CHAPITRE IV.*

* Traduit du Latin de Rodenburgh.

*De la diverſité des Loix, par rapport à la ſubſtance de l'acte, dans le cas où il y a changement de domicile.*

## SOMMAIRE.

I. *Des conjoints Hollandois s'inſtituent mutuellement héritiers. Ils vont enſuite demeurer à Utrecht, & ils y meurent. L'inſtitution eſt annullée contre l'avis de Peckius.*

II. *Si un mineur inſtitue héritier ſon curateur, & qu'il décede majeur, l'inſtitution reprendra-t-elle une nouvelle force par la majorité?*

III. *Une communauté conjugale étant une fois contractée, peut-elle être éteinte, en établiſſant ſon domicile dans un lieu qui n'admet pas de communauté?*

IV. *Que décidera-t-on dans le cas où les conjoints auront dans ce nouveau domicile révoqué tout droit de communauté?*

V. *Entre les Loix de différents endroits, quelle eſt celle qui doit régler le douaire?*

VI. *Pour régler le gain d'ameublement que le ſurvivant des conjoints préleve parmi nous, faut-il conſidérer la Loi où le mariage a été célébré, ou la Loi du nouveau domicile?*

I. NOUS venons de parler de la ſolemnité de la diſpoſition; nous nous étendrons davantage ſur ce qui en regarde la ſubſtance, & voici une premiere eſpece. Des conjoints Hollandois ſe ſont mutuellement laiſſés leurs biens; ils vont enſuite demeurer à Utrecht, où l'un des deux meurt; dirons-nous que leur teſtament ſubſiſtera, la Loi d'Utrecht n'admettant pas de pareils avantages entre conjoints? (je parle pour ce qui peut concerner le mobilier: car je ſais que les héritages ſont régis par les Loix de la ſituation, quel que puiſſe être le domicile des conjoints.)

Les Loix veulent que l'on conſidere trois temps, pour décider ſi l'héritier inſtitué eſt capable de profiter du bénéfice de l'inſtitution; ſavoir, le temps où ſe fait le teſtament, celui de la

mort du testateur, & celui de l'adition d'hérédité. Lorsqu'au jour de la mort du testateur, qui est principalement le temps qu'il faut considérer, le survivant des conjoints est incapable de recueillir la chose laissée par testament, je déciderois absolument que la disposition ne peut subsister; mais si les conjoints retournoient demeurer en Hollande, & que l'un d'eux y mourût; dans cette espece vous ne direz pas que le temps intermédiaire de la demeure à Utrecht, puisse nuire à la disposition, *L. si alienum, ff. de hæred. inst. in extremis, Inst. de hæred. qualit.* Carpzovius, *in defin. for. p. 2. const. 14, defin. 3*, rapporte un Arrêt dans une espece assez semblable qui autorise cet avis, & il faut donner encore la même décision dans l'espece d'un simple legs qu'un des conjoints auroit fait seul à son conjoint: car c'est pareillement le temps de la mort du Testateur qu'il faut considérer pour déterminer si le conjoint est capable du legs, & ce que Barry, *de succeff. lib. 1, tit. 8, n. 4*; Peck. *de testam. conjug. lib. 4, cap. 31*, ont dit à cette occasion, appuie fortement cet avis : c'est pourquoi il y a de quoi s'étonner que Peckius, suivi par Wamésius, *cent. civil. 6, conf. 6*, en oubliant ce qu'il avoit précédemment décidé, ait écrit, *liv. 4, cap. 37*, qne des conjoints étant venus demeurer à Malines, où le conjoint ne peut léguer à son conjoint, sans le consentement de leurs enfants, ce changement de domicile ne donnoit pas atteinte aux dispositions faites à Midelbourg, qui use à cet égard du Droit commun : car cette question ainsi décidée, l'est contre tout ce que nous avons de principes qui veulent que le droit de l'héritier & du légataire, ou, si l'on veut, la capacité ou incapacité de l'un & de l'autre, se reglent par le temps de la mort du Testateur.

C'est ce qui est prouvé par les Loix, *non intelligitur, §. quando autem ff. de jure fisci, L. in mortis, ff. de donat. causa mortis*, & par plusieurs autres moyens recueillis par Peckius, *D. C. 31*, de maniere même qu'encore que par rapport à ceux qui sont institués héritiers par des testaments militaires, on n'exige pas qu'ils soient capables au jour que le testament est fait, il est cependant nécessaire qu'ils le soient au jour de la mort, pour que l'institution puisse subsister, *L. 13, neque enim, §. & deportati, ff. de testam. militar.*

Voici l'argument victorieux qui a entraîné Peckius dans cette contrariété avec lui-même. Le Statut de Midelbourg, dont

il s'agit, (ce ſont ſes propres termes,) regarde plutôt la forme de teſter que la capacité de la perſonne: ce qu'il exige, eſt afin que le teſtament des conjoints ſe faſſe avec plus de ſolemnité, & non pas pour les empêcher de ſe faire des avantages entre eux. Voyez encore Peckius, *cap.* 37, ſur la fin; en ſorte que la diſpoſition d'entre conjoints n'en eſt pas plus viciée par le changement de domicile que le ſont dans ce cas les teſtaments, lorſqu'ils ont été faits ſelon les formalités requiſes au moment même qu'on les fait.

Dites-moi, je vous prie, comment on peut ſoutenir que ce qui ne peut pas ſe faire ſans le conſentement des enfants, n'eſt défendu qu'afin qu'il ſoit fait avec plus de ſolemnité. Quand il eſt défendu à un conjoint de recevoir par teſtament de ſon conjoint, dit-on autre choſe ſinon qu'il n'y a pas entre eux une faculté de s'avantager par teſtament, ou que les conjoints ſont incapables entre eux d'aucune libéralité, ainſi que l'explique fort bien Burgundus, *tract.* 1, *n.* 4? Or, ſi cette défenſe regardoit la ſolemnité, il ſeroit permis aux conjoints en allant paſſer l'acte hors leur domicile, de pouvoir s'avantager, étant une maxime vulgaire qu'il faut ſuivre les formalités des lieux où les teſtaments ſe paſſent, & c'eſt préciſément ce que Peckius a combattu ci-devant, *dicto lib.* 4, *cap.* 29 : ainſi ce qui eſt porté dans la regle de Droit 85, §. 1°. en termes généraux, » qu'il n'eſt pas extraordinaire que les choſes qui ſont établies » utilement aient lieu, encore que par l'événement elles retom- » bent dans un cas où elles n'auroient pas pu commencer, » ne peut être appliqué à notre queſtion qu'avec cette diſtinction, qui eſt qu'il y a une fort grande différence entre la perſonne du Teſtateur & celle de l'héritier, ou du légataire; & pour parler le langage des Docteurs, entre la capacité active & la capacité paſſive, c'eſt-à-dire, entre la capacité de recevoir par teſtament, & la capacité de faire un teſtament; & c'eſt par cette diſtinction qu'on peut renverſer tous les arguments de Peckius.

Il ſuffit, quant à la perſonne du Teſtateur, qu'il ſoit capable de faire un teſtament dans le temps qu'il le fait; j'entends qu'il ait les facultés de l'eſprit & celles du corps; mon intention n'étant pas de parler de la condition perſonnelle d'un Teſtateur, ni de la perte qu'il pourroit ſouffrir de ſon état. Or de même que les teſtaments des furieux, des prodigues, des aveugles, des ſourds & des muets, qui ont teſté auparavant que

d'être tels, ne ſont point annullés pour être les Teſtateurs tombés depuis dans ces empêchements de teſter; de même auſſi tout autre teſtament n'en eſt pas plus nul, à cauſe du défaut d'une nouvelle formalité qui aura été depuis exigée : car, dès que le teſtament eſt valable dans ſa forme, le Teſtateur a fait tout ce qui lui eſt preſcrit, & la Loi n'exige rien de lui davantage; mais à l'égard des héritiers & des légataires, ils ne commencent à pouvoir agir qu'après la mort du Teſtateur, & ce n'eſt que de ce moment qu'ils ont droit de prendre en vertu du teſtament, n'ayant pas d'action auparavant.

Or, la raiſon nous dicte qu'il faut que chacun ſoit capable dans le moment où il entreprend de recevoir, & il eſt inutile à Peckius d'alléguer que le Statut qui fait défenſe aux conjoints de s'avantager, ne peut pas s'appliquer à des teſtaments faits avant que les conjoints demeuraſſent dans le lieu de la prohibition, en ce que celui qui n'étoit pas aſſujetti à la Loi, n'eſt pas cenſé avoir péché contre la Loi : car tous ces raiſonnements ſont réfutés par la nature même du teſtament, ſelon lequel, vis-à-vis un tiers, nous ne ſommes réputés avoir diſpoſé par teſtament qu'au moment même que nous mourons, les volontés dernieres étant ambulatoires juſqu'au dernier inſtant : d'ailleurs on ne peut pas qualifier des diſpoſitions, du nom de derniere volonté, lorſqu'il peut en ſurvenir une nouvelle : c'eſt pourquoi il eſt néceſſaire de conclure que Peckius n'a eu aucune raiſon de s'écarter des principes, & d'une déciſion auſſi certaine que l'eſt celle qui veut que nous conſidérions le droit de l'héritier, tant au moment de la mort du teſtateur, qu'au moment où le teſtateur le fait.

II. J'ajouterai, en paſſant, qu'on a dernierement agité dans le Conſeil Provincial, la queſtion de ſavoir s'il ſuffiſoit à l'héritier d'être capable de recevoir dans l'un, ou l'autre des temps marqués ci-devant. Le cas qui étoit agité, étoit le contraire de celui que nous avons dit ci-deſſus être arrivé à Malines.

Par un Edit de Charles-Quint, toute diſpoſition teſtamentaire faite par des mineurs de leurs biens immeubles, au profit de leurs curateurs, eſt nulle. Un jeune homme de la Province d'Utrecht, âgé de dix-huit ans paſſés, mais qui n'en avoit pas vingt, inſtitue ſon curateur ſon héritier, & meurt trois ans après; il fut queſtion de la capacité de l'héritier; & d'abord

j'obſerverai qu'encore que le mâle parmi nous, âgé de dix-huit ans commencés, ſoit maître de ſes droits, cependant comme il lui eſt défendu d'aliéner ſes immeubles avant vingt ans, ſans le conſentement de ſon curateur, on ne fit pas grand doute que ce teſtateur étoit aſſujetti au moment de ſon teſtament, à l'Edit de Charles-Quint; mais on fit plus de doute ſur la queſtion de ſavoir ſi ayant acquis l'âge de vingt ans accomplis, il étoit encore aſſujetti à l'Edit de Charles-Quint, & l'on ſe détermina à dire qu'il n'y étoit plus aſſujetti : car cet Edit de Charles-Quint ne peut être appliqué qu'à ceux qui ſont encore actuellement ſous l'autorité d'un curateur. On ne peut pas dire en effet, qu'un homme a laiſſé à ſon curateur, quand il n'a plus de curateur, la curatelle étant finie, & la raiſon qui a occaſionné l'Edit, ceſſe; c'eſt à ſavoir l'autorité des curateurs ſur leurs mineurs d'une part, & d'une autre, la crainte & la trop grande déférence que les mineurs ont pour leurs tuteurs, qui empêchent qu'on ne regarde comme libres ces ſortes de diſpoſitions : c'eſt pourquoi l'Edit ne doit avoir force & autorité, juſques à vingt-cinq ans, que dans les lieux où l'on n'eſt maître de ſes droits qu'à cet âge ; & ſi cet Edit parle nommément de l'âge de vingt-cinq ans, c'eſt parce que dans toutes les Provinces-Unies il n'y en a (que je ſache) aucune où la curatelle s'étende au-delà. Le point de la difficulté ſe réduiſit donc par rapport à l'eſpece que j'ai dit avoir été agitée dans le Conſeil Provincial, à ſavoir s'il ſuffiſoit à l'héritier d'être capable au temps de la mort du teſtateur, ou s'il falloit encore qu'il le fût au temps que s'étoit fait le teſtament, & il a paru plus convenable à notre Conſeil Provincial, de dire qu'il falloit qu'il le fût dans l'un & l'autre temps; en ſorte qu'il a confirmé d'une ſeule voix le Jugement du Juge d'Utrecht, qui, ſans avoir égard au teſtament, a admis l'héritier *ab inteſtat*, à recueillir les biens immeubles, n'ayant pas été trouvé raiſonnable, que ce qui étoit nul dans ſon principe, pût, par le ſeul laps du temps, avoir force & autorité.

III. Que faut-il dire dans le cas où des Habitants de notre Province ayant contracté mariage chez nous, vont demeurer ailleurs où la communauté entre conjoints n'a pas lieu ? Celle contractée à Utrecht, ſubſiſtera-t-elle dans ce nouveau domicile ? La plupart de nos Auteurs ſont pour qu'elle ſubſiſte, & le Sénat de Friſe a ſuivi ce parti, ainſi qu'il eſt rapporté par

Jean à Sandé, *lib.* 2, *decis.* 10, *tit.* 5. Goris approuve fort cette décision, *in adv. tit.* 1, *cap.* 7, *n.* 3, ainsi que Chopin, *ad LL. Andegav. lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 4, *de comm. bonor.* & Mornac, *ad L. exigere*, *ff. de judiciis.*

Ces deux derniers citent, pour ce cas même, un ancien Arrêt du Parlement de Paris : ce qu'il faut entendre néanmoins, pourvu que les conjoints aient eu leur domicile, pendant quelque temps, dans le lieu où ils ont contracté mariage, & qu'ensuite ils aient été demeurer ailleurs, suivant la remarque de Chopin, *dict. loco*, *in margine;* laquelle communauté ne durera, selon moi, qu'autant que les conjoints le voudront bien, supposé néanmoins que les Loix du nouveau domicile leur permettent d'y renoncer ; & dans ce cas, les conjoints s'expliquent suffisamment par le fait & par la chose même, dès qu'ils divisent les biens entre eux, & que chacun travaille pour son profit particulier, qu'il commerce & qu'il acquiert pour lui seul, comme l'a assez bien prouvé Burgundus, *tract.* 2, *n.* 14, sur la fin. Cependant ce même Auteur n'a pas si bien réussi dans la résolution qu'il a donnée pour l'espece contraire : car il estime que par le changement de domicile & le transport du mobilier dans un lieu dont la Loi veut que les conjoints soient en communauté de biens, ces conjoints contractent, dès l'instant, communauté entre eux, encore que par la Loi de leur ancien domicile, & où le mariage a été célébré, cette communauté n'eût pas lieu entre eux. Car, nous avons montré ci-devant, que cette communauté de biens d'entre conjoints, est fondée, ou sur une convention expresse, ou sur une convention tacite de la part des conjoints, lorsqu'ils contractent mariage, & Burgundus lui-même, *dict. loco*, *n.* 11, établit fort bien que les conjoints, en contractant mariage, sont présumés vouloir tout ce que les Loix où ils contractent, veulent, de maniere que la Coutume influe dans le contrat.

Il n'est pas possible de dire que par le seul changement de domicile, des conventions matrimoniales valablement faites, se trouvent révoquées : elles ne le sont pas plus que toutes autres conventions en général, qui, par un simple changement de domicile, ne sont, ni altérées, ni anéanties ; mais, dit Burgundus, il est permis, par le nouveau domicile, de contracter une communauté, ou d'y renoncer : cela est vrai ; mais c'est précisément ce que nous demandons, que les conjoints rétrac-

tent leurs conventions précédentes par d'autres conventions contraires; & c'eſt ce que le ſeul changement de domicile ne peut pas faire, autrement ce changement opéreroit au-delà de l'intention des Parties mêmes.

Il eſt vrai que la Loi du nouveau domicile ſert d'interprétation aux mariages qui ſe célebrent dans le lieu, & que cette même Loi permet de contracter une communauté & de réſoudre celle qui eſt contractée; mais on ne peut pas dire que la Loi de ce lieu ſoit telle que tous ceux qui viendront demeurer dans l'étendue de ſa domination, perdent dès-lors de plein droit, & ſans une déclaration préciſe de nouvelle volonté, un droit de communauté convenue en contractant le mariage.

IV. Mais qu'arrivera-t-il ſi des conjoints de notre Province d'Utrecht ayant été demeurer en Hollande, y révoquent expreſſément la convention qui les rend communs? Il faut employer une diſtinction pour réſoudre cette queſtion. Si cette révocation ſe fait par convention, ou ſi elle ſe fait par teſtament, en ce dernier cas la révocation eſt bonne; mais il n'en eſt pas de même au premier cas, parce qu'en Hollande il n'eſt pas permis de renoncer, par des actes entre-vifs, à des conventions matrimoniales, & que cela ſe peut par teſtament, ſuivant Groenewegen, *ad tit. C. ad Senatuſconſ. Velleianum.*

Et pour ce parti, il y a un Arrêt tout récemment rendu par la Cour de Hollande, ainſi que me l'a mandé le ſieur Henri Fagel, auquel je ſuis attaché depuis long-temps, non-ſeulement par ces liens d'amitié qui ſe contractent entre perſonnes de la même profeſſion, mais encore par différents ſervices qu'il m'a rendus, auſſi-bien que François Fagel ſon frere. Ces deux freres ſont également accomplis de toute maniere.

V. Finiſſons ce Chapitre par la queſtion du douaire, & demandons quelle Coutume doit le régler, ſuppoſé que le mariage ait été contracté dans un endroit, & que les conjoints aient été enſuite demeurer dans un autre. Je ne ſaurois être trop ſurpris de ce qu'a écrit Mornac, homme d'un ſi grand ſavoir ſur la Loi, *exigere dotem*, *ff. de judiciis*, vers la fin, lorſqu'il dit, que les plus habiles du Barreau ont eſtimé qu'il falloit conſidérer, & le lieu du mariage, & le lieu du nouveau domicile, en tant que les Coutumes de ces deux endroits donneroient différents douaires: ce ſont ſes propres termes. Mais, je vous prie, ſi ces différents endroits donnent différents douaires,

comment eſt-il poſſible de les conſidérer l'un & l'autre, ſi ce n'eſt que Mornac prétende que le ſurvivant doit profiter des deux douaires, tant de celui accordé par la Loi du mariage, que de celui accordé par le nouveau domicile; de ſorte que ſi cela étoit, le changement de domicile ajouteroit plutôt un nouveau douaire, qu'il ne changeroit celui de la Loi du mariage?

Je n'oſerois pas dire, néanmoins, que tel ſeroit l'avis de Mornac. C'eſt pourquoi, ſans faire attention au ſentiment dont il peut avoir été, voyons ce que les autres ont penſé ſur cette queſtion. Burgund. *tract.* 2, *n.* 10, eſtime, à ſon égard, que s'il s'agit d'un douaire conſiſtant en immeubles, il faut conſidérer la Loi de la ſituation; mais ce que cet Auteur a décidé trop généralement, je crois qu'on peut le traiter d'une maniere un peu plus détaillée, en parlant d'abord du douaire conventionnel ou préfix, & enſuite du douaire purement coutumier: par rapport au douaire conventionnel, il ne faut pas tant s'attacher à conſidérer ſi la Loi de la ſituation permet de ſtipuler un pareil douaire, qu'à examiner ſi dans ce lieu on peut tellement y accorder un douaire par convention matrimoniale, que, ſans autre tradition, la choſe ou l'uſufruit de la choſe ſe trouve acquiſe de plein droit aux contractants; de maniere que ſi la Loi de la ſituation le permet, le ſurvivant gagnera de plein droit le douaire, & qu'au contraire, ſi la Loi le refuſe, il aura néanmoins une action perſonnelle qui naît de la convention, en vertu de laquelle le ſurvivant eſt en droit de demander ſon douaire, ou du moins d'être indemniſé de ce qu'il ne peut pas l'obtenir ſur ces immeubles, & ainſi il faudra appliquer au douaire conventionnel, ce que d'Argent. ſur *l'art.* 218, *gl.* 6, *n.* 46, a dit au ſujet du douaire coutumier, qui eſt que par rapport au gain des immeubles, il faut conſidérer la ſituation de ces immeubles, & ce que chaque Loi accorde ou n'accorde pas; tout ce que deſſus eſt pour le douaire conventionnel.

Que dirons-nous préſentement du douaire coutumier? Le réglerons-nous par le domicile du mariage, ou par le domicile que les conjoints ont au jour du décès de l'un d'eux, ou bien encore faudra-t-il le régler par la Loi de la ſituation des biens? Et quant à cette autre queſtion, il ne faut pas raiſonner des meubles comme des immeubles. Quant aux meubles, on peut raiſonnablement

raiſonnablement dire, ſuivant l'avis de pluſieurs de nos Auteurs, qu'il faut conſidérer la coutume du lieu où le mariage a été célébré, & où les conjoints ont demeuré, du moins depuis quelque temps, & non pas le lieu que le marié ſe ſeroit choiſi par la ſuite.

Car ce gain nuptial n'a tiré ſa ſource que du contrat de mariage, & non pas du décès de l'un des conjoints; en ſorte que durant le mariage même, les conjoints ont un droit habituel, encore qu'il ne ſoit actuellement acquis que par la mort de l'un des deux; & ces expreſſions ſont celles qu'emploie Burgundus, *tract.* 1, *n.* 16, en parlant du droit des conjoints dans la communauté conjugale; en ſorte que l'on peut dire que c'eſt du jour du mariage même, que ces gains de ſurvie ſont acquis aux conjoints, ſur les biens de l'un & de l'autre, Chop. *de moribus Pariſ. lib.* 2, *tit.* 2, *n.* 2, *in principio; Mævius ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 12, *n.* 271.

D'ailleurs puiſque les droits de la communauté entre conjoints remontent au jour de la célébration du mariage, comme nous l'avons dit ci-devant, pourquoi ne fera-t-on pas remonter de ce même jour les gains nuptiaux, puiſque ces gains ainſi que la communauté ſont également fondés ſur la volonté des contractants lors de la célébration du mariage. C'eſt pourquoi Burgundus, *tract.* 2, *n.* 11, remarque fort bien que c'eſt une opinion commune embraſſée avec raiſon par nos Auteurs, que ceux qui contractent mariage ſont préſumés adopter les Loix du lieu où ils contractent, parce que s'ils n'avoient pas cru que la Loi ſtipuloit pour eux un gain de ſurvie, ils n'auroient pas manqué de le ſtipuler eux-mêmes.

En effet, la femme ayant contracté mariage ſous une Loi qui lui accorde un douaire, (ſans quoi on ne peut pas douter qu'elle n'en eût ſtipulé un) il ne doit pas dépendre du mari en changeant de domicile, de la priver d'un droit qui lui eſt acquis dès l'inſtant de ſon mariage. Voyez tous les Auteurs que Mævius, qui n'eſt pourtant pas de cet avis, cite *ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 12, *n.* 401; voyez encore ceux cités par d'Argentré, ſur *l'art.* 218, *gl.* 6, *n.* 46, ſur la fin. Mævius ne devoit point ſe déterminer par la Loi 42, *ff. de judiciis:* car, ſans qu'il ſoit d'ailleurs néceſſaire d'obſerver que dans cette Loi il s'agit d'un mariage diſſolu par le divorce, &

non par la mort, la conſéquence qu'en tire Mævius n'eſt nullement valable.

Quoi, parce que le mari ſera obligé de plaider à Rome, où il a emmené ſa femme qui lui demande la reſtitution de ſa dot, il s'enſuivra que pour déterminer s'il eſt dû un douaire, & la quotité de ce douaire, il faudra avoir recours à la Loi du lieu où le mari eſt mort ; la femme pourſuit valablement le droit qu'elle a dans la communauté pardevant le Juge du dernier domicile de ſon mari ; & cependant ce n'eſt pas la Loi de ce lieu qui décidera s'il y a eu communauté entre elle & ſon mari, ni de quoi cette communauté doit être compoſée.

Il y a en effet bien de la différence entre ce qui détermine la compétence de la Juriſdiction, & ce qui doit faire la déciſion d'une queſtion : nous ſommes quelquefois obligés de plaider en différents endroits ; & cependant la conteſtation ne ſe décide pas par la Loi du lieu où l'on plaide, mais par celle du lieu où l'on a contracté, & cela s'obſervera, ſans difficulté, ſi le dernier domicile étoit dans notre Province : car, comme parmi nous, les Coutumes n'accordent pas de douaire, & que d'ailleurs tout avantage entre conjoints eſt défendu, ſi ce n'eſt un uſufruit réciproque, on tomberoit dans le cas de la prohibition, ſi la femme perdoit par le changement de domicile, le douaire que lui accordoit la Loi de ſon mariage & du domicile qui ſubſiſtoit pour lors ; ce que nous venons de dire, eſt par rapport au douaire qui ne conſiſte qu'en meubles.

Voyons préſentement ce qu'il faut dire de ce gain qui ſe prend en immeubles : car, ſuivant Mornac, *ad L. exigere dotem*, c'eſt en cette derniere eſpece de biens que ſe prend ordinairement le douaire.

Suppoſons donc que par la Loi du mariage, le ſurvivant ait en uſufruit le tiers, ou toute autre portion des immeubles ; aura-t-il cette même portion dans les biens qui ſeront ſitués hors l'étendue de cette Loi, & où un ſemblable gain n'eſt pas accordé ? Je trouve que l'avis général eſt que ce gain ne doit être pris que ſur les biens ſitués dans le territoire du Légiſlateur. Voyez les Auteurs cités par Mævius, *ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 10, *n.* 40. Mais cela eſt bon, ſi l'eſprit du Légiſlateur a été de ſe renfermer à n'accorder ce bénéfice que ſur les biens ſitués dans l'étendue de ſa domination ; & dans le

doute, Burgundus, *tract.* 1, *n.* 45, prouve, par de bonnes raisons, qu'il faut le présumer ainsi; mais si, dans le Statut il étoit dit expressément que ce gain nuptial se prendroit généralement sur tous les biens, en quelques endroits qu'ils fussent situés, pour lors il faudroit considérer si le Statut du lieu où l'on veut faire usage de cette disposition, la rejette & la défend, ou non.

Au premier cas, c'est en vain que le Législateur étranger a voulu & ordonné, puisque la Loi de la situation est prohibitive, & qu'elle annulle une pareille disposition; & ce que d'Argentré a dit sur *l'art.* 218, *gl.* 6, quoique dans une espece différente, peut être appliqué ici; que si la Loi de la situation n'a aucune disposition par rapport au douaire, le Législateur étranger n'a pas pu, à la vérité, accorder sur des biens qui ne lui sont pas soumis, un pareil droit qui est réel; mais il en naîtra toujours une action personnelle en faveur du conjoint, pour demander son douaire sur ces biens, ou en nature, ou en estimation, & l'estimation est plus du gout de Burgundus, *dict. tract.* 1, *n.* 46, & tout cela est pour le cas où le douaire est en usage dans le lieu du domicile matrimonial: car il faudroit décider autrement dans le cas contraire, c'est-à-dire, si la Loi matrimoniale n'accordoit pas un pareil douaire, parce qu'encore que la Loi du lieu, où les biens sont situés, donne ce droit aux conjoints, ce bénéfice n'est pas cependant communicable aux étrangers, le Législateur n'ayant eu pour objet que ses sujets: c'est en leur personne que ce bénéfice particulier, & qui n'est pas du Droit commun, est renfermé.

Il est bien vrai que telle est l'autorité de la Loi, qu'elle peut communiquer aux étrangers ce bénéfice sur des biens qui lui sont soumis; mais la présomption est plus vraisemblable, qu'elle ne l'a pas voulu, & que l'intention du Législateur n'a pas été, en accordant ce gain nuptial, d'introduire un droit général, comme de prescrire une maniere de succéder, ni de rien défendre, ou rien permettre par rapport à la chose située dans sa Juridiction, mais simplement d'accorder un pur gain & un pur bénéfice, dont assurément les étrangers n'ont pas droit de profiter, parce qu'ils ne peuvent être dans la prévoyance du Législateur, soit que l'on considere leur domicile, soit que l'on considere le lieu où ils ont été mariés, ou quelque autre raison que ce soit, si ce n'est peut-être en tant qu'ils possedent des biens

dans le lieu de ſa domination, & Mævius prouve aſſez bien ce ſentiment, *ad jus Lubecenſ. part.* 2, *tit.* 2, *art.* 10, *n.* 41, & dans ſes Queſtions Préliminaires 4, *n.* 72.

VI. De ce que nous venons de dire, il faut conclure qu'étant accordé par la Loi de notre Pays, au mari & à la femme, citoyens, que le ſurvivant d'entre eux prenne ſur la maſſe de la communauté ſes habits les plus propres, avec quelque ameublement, à l'exemple de ce qui eſt accordé aux veuves chez les Saxons, en habits, bagues & joyaux qu'ils appellent Gérada,* les conjoints qui ſont venus demeurer chez nous, doivent profiter de ce bénéfice. Berlick y ſouſcrit, *part.* 3, *concl.* 29, *n.* 195; & Carpzov. l'appuie d'un Arrêt, *part.* 2, *conſt.* 19, *defin.* 3: car notre Juriſprudence a, par une interprétation favorable, appliqué ce bénéfice d'ameublements & d'habits aux ſimples Habitants, comme à ceux de la Nation, & il eſt inutile d'oppoſer que les Droits de la communauté conjugale ſe meſurent par la Loi du lieu du contrat, & non par celle d'un nouveau domicile, & que le bénéfice en queſtion ſe prenant par préciput ſur les biens de la communauté, c'eſt la Loi qui régit la communauté qui doit le donner: car parmi nous, l'uſage déja ancien eſt de l'accorder indifféremment, ſoit qu'il y ait communauté, ou non, & il ſe prend également ſur les biens de la communauté & ſur les biens du prédécédé, comme il a été jugé par pluſieurs Arrêts; en ſorte que le terme de *voordeel*, dont notre Légiſlateur s'eſt ſervi, ne ſignifie autre choſe qu'un certain lucre accordé à celui des conjoints qui ſurvit, Citoyen, ou ſimple Habitant; de maniere que les conjoints ſont préſumés ſe ſuccéder mutuellement *ab inteſtat*, ou recevoir l'un de l'autre une eſpece de legs que la Loi lui fait des meubles ſervant à l'uſage journalier, & dont nous ne pouvons preſque pas nous paſſer, ce qui eſt bien différent de ce que nous appellons douaire que l'on accorde communément parmi nous, aux femmes, pour le prix de la pudicité, & qui eſt acquis dès le moment du mariage, comme nous l'avons dit ci-devant.

* *Gerada: eo vocabulo, intelligi omnes veſtes muliebres, inciſos pannos & vela; itidem ..... ea quæ pro ornatu deferre ſolent mulieres. Vox orta ex German. Ghereed, apparatus.* Ducange dans ſon Gloſſ.

## OBSERVATION XXXV.

RODENBURGH, dans ce Chapitre, préſuppoſe la déciſion qu'il a donnée au Chapitre V du Titre II de la premiere Partie de ſon Traité, qui eſt que les conjoints peuvent, ou ne peuvent pas ſe donner ſelon que les Loix de la ſituation le permettent ou le défendent, & j'ai remis, *Obſervation* 27, à traiter ici cette Queſtion.

Cette déciſion préſuppoſée, il agite en ce Chapitre une autre queſtion qui en dérive, qui eſt de ſavoir ſi des conjoints s'étant mutuellement laiſſé leur ſucceſſion, & étant pour lors domiciliés dans une Coutume qui le leur permettoit, cette diſpoſition peut ſubſiſter, en cas qu'ils viennent depuis demeurer dans une Coutume qui défende tous avantages entre conjoints, & que l'un d'eux meure dans le nouveau domicile.

Avant que de traiter cette derniere queſtion, il faut traiter la premiere que j'ai remiſe à ce préſent Chapitre.

*Quelle eſt la Loi qui décide ſinguliérement ſi l'homme peut, ou ne peut pas donner?*

Pour mettre cette queſtion dans tout ſon jour, il faut la diviſer en trois parties.

Quelle eſt la Loi qui décide de la capacité de donner, ou de ne pas donner en général?

Quelle eſt celle qui décide entre futurs conjoints?

Enfin, quelle eſt celle qui décide entre conjoints actuels?

Notre Auteur ne ſeroit pas embarraſſé à décider ces trois queſtions: car ſon principe général eſt que dans un Statut, il ne faut s'attacher qu'à la choſe même qui eſt dans le Statut, ſans conſidérer, ni ſon motif, ni quelles perſonnes le Statut a eu en vue, ni à qui il s'adreſſe, & ſuivant ce, il veut que dans les Statuts qui prohibent, ou qui permettent les donations, le ſujet & le matériel du Statut n'étant que la diſpoſition des biens, les Statuts ſoient abſolument réels.

Ainſi abſtraction faite de quelque perſonne que ce ſoit, il faut, ſelon notre Auteur, ſuivre la réalité en fait de dona-

tion, & c'est la Loi de la situation qu'il faut seule consulter.

Mais comme il y a des Statuts dont les biens font le sujet & la matiere, & qui, par cette raison, pourroient passer pour réels, quoiqu'ils soient néanmoins personnels; il en fait l'observation, & dit que ces Statuts sont ceux qui agissent, à la vérité, sur les biens, mais par conséquence seulement de l'état & de la condition de la personne.

Cette remarque est judicieuse, & étoit très-nécessaire: car on ne sauroit nier que, dans ce Statut, *le mineur ne peut donner, vendre, ni aliéner ses biens*, les biens ne fassent le sujet & la matiere du Statut; mais parce qu'il ne contient qu'une disposition conséquente du Statut qui regle la minorité, ce Statut est vraiment personnel, & ce sera la qualité & condition de mineur, dont la personne se trouvera être dans le lieu de son domicile, qui en décidera, encore que les biens fussent situés en Coutumes qui décidassent autrement de la condition de la personne.

Mais quand il ne s'agira pas de la capacité d'état, mais du pouvoir particulier de donner, c'est la Loi seule de sa situation qui en décide, selon notre Auteur, qui applique la décision nommément aux donations d'entre conjoints.

Parmi nous les donations d'entre conjoints, souffrent plus de difficultés, & plusieurs prétendent que c'est la Loi matrimoniale seule qui doit décider ces sortes de questions; d'autres, au contraire, prétendent que c'est la Loi de la situation; d'autres, du moins à l'égard des meubles, que c'est la Loi du domicile au jour du décès de l'un des conjoints. Examinons cette matiere dans toute son étendue.

### *Quelle est la Loi qui décide singuliérement si l'homme peut, ou ne peut pas donner en général?*

M. Froland, en ses Mémoires sur les Statuts, *page* 847, en parlant de la capacité de donner, s'explique ainsi. « Tenez pour » maxime que quand il s'agit d'une donation entre vifs, d'une » donation à cause de mort, & d'une disposition testamentaire, » il faut toujours commencer par examiner si la personne qui » a fait l'acte en question, a eu la capacité requise pour le faire, » ou s'il ne l'a pas eue, & que cette capacité se regle par la Loi » de son domicile.

Le principe de M. Froland eſt indubitable : quand il s'agit de la capacité ou incapacité d'état & de condition, il n'y a pas de difficulté qu'il ne faut dans ce cas uniquement conſulter que la Loi du domicile, & cela eſt général pour tous les actes de la ſociété civile, à cauſe du principe tant de fois répété, que c'eſt la Loi du domicile qui regle & détermine l'état général de la perſonne.

Mais quand on parle ſinguliérement du pouvoir ou du non pouvoir de donner, on parle d'un acte particulier & reſtreint à l'acte de donation, & pour lors la queſtion réduite dans ce point de vue, on préſuppoſe dans la perſonne une capacité d'état & de condition, & tout le doute tombe ſur la capacité ou incapacité particuliere de donner.

Je dis donc que la capacité de donner peut être enviſagée, 1°. par rapport à la capacité générale & d'état de faire tous les actes de la ſociété civile, du nombre deſquels eſt la donation ; 2°. par rapport à la capacité particuliere & déterminée à l'acte de donation au profit de certaines perſonnes.

Quant à la capacité générale d'état & de condition, elle ſe prend de la Loi du domicile ; propoſition inconteſtable.

Quant à la capacité particuliere de donner à telles & telles perſonnes, telles & telles choſes, ſous telles & telles conditions, je dis, en ſuppoſant que la perſonne ait la capacité d'état, que cette capacité particuliere ſe prend communément de la Loi de la ſituation ; ſeconde propoſition pareillement inconteſtable.

De ces deux propoſitions naiſſent des conſéquences uniformes, & il en naît auſſi de différentes.

L'homme capable par état, porte cette capacité par-tout.

L'homme incapable par état, porte pareillement cette incapacité d'état par-tout ; voilà qui eſt uniforme.

L'homme capable par état, peut n'être pas capable par-tout, pour certains actes particuliers ; par exemple, pour faire une donation ; mais l'homme incapable par état, eſt incapable par-tout, & pour tous actes : voilà des conſéquences différentes. Eclairciſſons ces propoſitions, & faiſons-nous entendre.

Je dis, en premier lieu, que l'homme capable par état, porte cette capacité par-tout, parce que l'état de l'homme eſt attaché & inhérent à ſa perſonne ; que par-tout il eſt tel, que la Loi de ſon domicile le déclare & le conſtitue, & que ſa perſonne & ſon état ne dépendent abſolument que de cette Loi.

Je dis, en ſecond lieu, que l'homme capable par état, peut n'être pas capable pour certains actes particuliers.

En effet, l'homme capable par état, peut avoir des biens ſitués en Coutumes qui ne permettent pas à celui même qui eſt capable par état d'en diſpoſer en certains cas & au profit de certaines perſonnes; & cette Loi qui ne trouble pas l'état de la perſonne, & qui ne fait qu'en gêner & limiter l'exercice, eſt une diſpoſition réelle qui n'affecte que les biens; en ſorte que la capacité perſonnelle du Statut du domicile, cede à la diſpoſition réelle de la Loi de la ſituation. *Si particulari aliquâ de cauſâ potentia agendi impediatur circumſcriptive ad aliquem actum, talis, ut ſic dicamus, afficientia ad actum particularem arctata non agit in univerſum ſtatum perſonæ, nec alibi quàm in loco afficiente loco circumſcripto*, d'Arg. art. 218, gl. 6, n. 14.

Il peut arriver même que la Loi du domicile qui déclarera un homme capable par état, le déclarera en même-temps incapable de diſpoſer de certains biens particuliers: cet homme ne pourra pas diſpoſer de ſes biens ſitués dans le lieu de ſon domicile, & il pourra néanmoins diſpoſer des biens qu'il aura dans d'autres Coutumes; parce que, dans ces Coutumes, il ne rencontrera aucun obſtacle à l'exercice des actes que lui permet ſa capacité d'état, & que l'incapacité de la Loi du domicile n'eſt qu'une incapacité particuliere & réelle, qui n'anéantit pas la capacité d'état que l'homme porte par-tout où il ne trouve pas de diſpoſition prohibitive.

Je dis, en troiſieme lieu, que l'homme incapable par état, eſt incapable par-tout & pour tous actes.

En effet, l'incapacité d'état eſt une impuiſſance totale & entiere; l'incapable par état d'agir reſſemble à un homme qui eſt perclus de ſes membres, il eſt impotent en quelque endroit qu'on le tranſporte.

En vain la Loi de la ſituation permettroit à l'incapable par état de donner: cette Loi qui n'a, ni autorité, ni empire ſur la perſonne, ne ſauroit l'affecter d'aucune capacité d'état; ſon incapacité eſt une plaie générale dont la cure en tout, ou partie, dépend entiérement de la Loi du domicile.

Delà il ne faut pas conclure que ſi l'incapable par état étoit par la même Loi de ſon domicile, rendu capable en particulier pour quelque acte réel, il pourroit exercer cet acte réel pour des biens ſitués dans les autres Coutumes: car réguliérement,

&

& à parler principe, cette capacité, quoique perſonnelle, étant particuliere & réelle, elle doit être renfermée dans l'étendue de ſon territoire.

Si la capacité d'état ſe porte par-tout, c'eſt, on l'oſe dire, plutôt par un concert de toutes les Nations, néceſſaire pour le bien général, que par une raiſon de droit & de principe, puiſqu'au contraire les principes veulent que les Loix n'aient de force, de vertu & d'efficacité que dans l'étendue de leur territoire.

Donc une perſonne incapable par état, mais capable par la Loi de ſon domicile d'une capacité particuliere, pour quelque acte de commerce concernant les biens, ne pourra de droit faire cet acte pour des biens ſitués ailleurs, parce que ſa capacité eſt bornée & limitée dans le territoire; je dis plus, je dis même que de Droit étroit & rigoureux, il ne le pourra pas, encore que les biens fuſſent ſitués dans une Coutume qui admettroit la même capacité particuliere, & s'il le peut du moins dans cette Coutume, ce ne ſera jamais qu'à titre de fraternité : car, ſans cela, l'incapacité d'état influe par-tout, & la capacité particuliere du domicile n'agit que ſur le domicilié & ſur les choſes ſituées dans l'étendue du territoire.

C'eſt pourquoi tous nos Auteurs conviennent que les Loix qui permettent ou qui défendent de donner, regardent principalement la conſervation des biens dans la famille : l'objet & le matériel du Statut eſt dès-lors pur réel, & par conſéquent le Statut eſt réel, & comme tel, il eſt renfermé dans l'étendue de ſon territoire, & nulle Loi étrangere ne peut faire violence à ſa diſpoſition.

Je ne prétends pas néanmoins adopter indéfiniment le principe de Rodenburgh, & des autres qui veulent que le motif de la Loi n'entre jamais en conſidération pour fixer la qualité & la nature de la Loi, & pour décider ſi elle eſt réelle ou perſonnelle, & j'ai traité cette queſtion, *Obſerv. cinquieme.*

*Quelle eſt la Loi qui décide ſinguliérement du pouvoir de donner entre futurs conjoints?*

Comme les futurs conjoints ſont encore libres, on doit les regarder comme perſonnes qui ſont étrangeres entre elles, & par conſéquent, ce que l'on vient de dire, doit être rappellé & appliqué ici.

Ce qu'il y a néanmoins de particulier & de différent, est qu'entre étrangers les donations sont & doivent être de biens actuellement existants, & sous la main du donateur qui en transfere à l'instant une propriété incommutable; & cela est d'autant plus vrai, que par l'Ordonnance de 1731, les donations de biens présents & à venir, ont été absolument rejettées.

Mais la même Ordonnance admet ces sortes de donations de biens présents & à venir, nommément, entre futurs conjoints & par contrat de mariage.

Or, par rapport aux biens à venir, il peut y avoir lieu à plusieurs considérations.

Je dis donc que les donations entre futurs conjoints par contrat de mariage, peuvent être, ou des biens actuellement existants, ou des biens qui peuvent appartenir par la suite au donateur.

Quant aux donations des biens existants au jour du contrat de mariage, comme les futurs ne sont pas encore conjoints, que par conséquent leur qualité de conjoints ne sauroit encore leur préjudicier & leur faire obstacle, & que nous leur supposons une capacité générale & d'état de disposer, il n'y a pas de difficulté qu'il faut consulter chaque Loi de la situation des biens donnés; cette question se décide par les principes généraux de toute autre donation, & la capacité de donner se prendra de la Loi où les biens peuvent être situés.

Mais si les biens donnés sont des biens futurs, pour lors il semble nécessaire d'en considérer de deux sortes : les uns qui écherront, & qui seront situés dans un endroit, plutôt que dans un autre, sans le fait des conjoints, comme par legs, successions, donations, &c. & il faut suivre, pour ces biens, la Loi de la situation; mais quant aux biens futurs qui appartiendront aux conjoints par leur fait, c'est-à-dire, par l'acquisition qu'ils en feront, il y a plus de doute, parce qu'ils peuvent acquérir dans une Coutume libre, ou dans une Coutume de prohibition, & par-là se rendre maîtres de donner telle étendue & telle restriction que bon leur semblera, à la donation qu'ils se sont faite par contrat de mariage, supposé qu'il faille se déterminer par la Loi de la situation.

J'estimerois donc que par rapport à ces biens futurs, & qui sont acquis pendant le mariage, par le fait & ministere de l'homme, il faudroit recourir à la Loi du domicile matrimo-

nial ; ſi elle autoriſe ces ſortes de donations indéfinies, j'eſtime qu'il faut ſuivre la convention dès qu'elle eſt permiſe par la Loi du domicile matrimonial, en quelques Coutumes d'ailleurs que les biens acquis ſoient ſitués, & cela pour éviter la fraude : c'eſt une raiſon qui milite dans tous les Pays, & à laquelle chaque Coutume doit ſouſcrire pour la manutention des conventions, & c'eſt ce que je trouve jugé par Arrêt rapporté par Montholon, *Arrêt* 81.

Le ſieur Larchant, Capitaine des Gardes, contracte mariage à Paris, où il étoit domicilié, avec une perſonne qui y étoit pareillement domiciliée.

Par leur contrat de mariage paſſé à Paris, il avoit fait donation à ſa future de tous ſes acquêts à lui appartenants au jour de ſon mariage, & de tous ceux qu'il feroit pendant icelui, & tous ſes biens, tant acquis pendant le mariage, qu'auparavant, étoient ſitués en Normandie.

Par Arrêt prononcé à la Pentecôte 1595, on diſtingua les acquêts exiſtants au jour du mariage, & les acquêts faits pendant le mariage. La donation des meubles & acquêts faits pendant le mariage, fut confirmée ſuivant la convention du mariage paſſé à Paris, en quelque part que leſdits acquêts fuſſent aſſis ; quant à la donation des acquêts faits avant le mariage, la réduction en fut faite au tiers, ſuivant la même Coutume de Normandie.

Cette donation fut ainſi réduite au tiers, conformément à *l'art.* 431 de cette Coutume : car pour lors le Réglement de 1666 n'étoit pas encore intervenu, qui porte, *en l'art.* 73, que le mari ne peut, en faveur de mariage, donner à ſa femme aucune part de ſes immeubles.

Mais ſi le domicile matrimonial des futurs conjoints eſt dans une Coutume qui ne permet pas de diſpoſer gratuitement de la totalité de ſes acquêts, quand l'on n'a pas des propres, & que les conjoints ſe ſoient donnés, par contrat de mariage, tous les acquêts qu'ils feront pendant leur communauté, Chopin, ſur Anjou, *lib.* 3, *cap.* 2, *tit.* 1, *n.* 14, *de acquiſit. lati fundi*, emploie une diſtinction : ou la donation eſt faite au plus vivant des deux, & pour lors, *non tam largitio quàm conventio ſociorum eſſet appellanda ;* & la convention auroit lieu en ſon entier : ou elle n'eſt qu'au profit de l'un des deux, & elle doit être exécutée ainſi, & de la maniere permiſe par la Loi

d'Anjou, où il préſuppoſe que les biens acquis ſont ſitués.

J'aurois peine à adopter cette déciſion, & je croirois que quand même ces acquiſitions ſeroient ſituées dans des Coutumes prohibitives, le donataire les auroit en entier, à cauſe de la fraude: la convention obligeant à acquérir dans des Coutumes où elle puiſſe être exécutée.

Elle le ſeroit dans les Coutumes muettes; elle le ſeroit encore dans les Coutumes ſimplement négatives, & je crois qu'elle devroit l'être dans les Coutumes prohibitives, les conjoints y euſſent-ils contracté mariage, parce que la prohibition de la Loi ne peut tomber que ſur les biens acquis, & non pas ſur des biens à acquérir: la convention n'eſt pas nulle dans ſon principe, & ne doit pas être enfreinte par le fait de l'homme. Voyez la ſuite de la préſente Obſervation.

*Quelle eſt la Loi qui décide du pouvoir de donner entre conjoints actuels?*

M. Froland, en ſes Mémoires ſur les Statuts, a diviſé cette matiere en deux Chapitres: au Chapitre 18, *page* 840, il agite la queſtion générale de ſavoir ſi les Statuts qui permettent, ou défendent les donations pures & ſimples, mutuelles & teſtamentaires entre conjoints, ſont des Statuts réels, ou perſonnels.

En la *page* 862 il traite plus particuliérement celle de ſavoir quelle Coutume on eſt obligé de ſuivre par rapport au don mutuel; & *page* 863, il dit qu'il auroit bien de la peine à croire, dans l'uſage où nous vivons aujourd'hui, qu'on dût toujours ſuivre la Coutume du domicile des conjoints, pour juger de leur capacité en matiere de donation mutuelle.

*Page* 904, il agite les queſtions qui peuvent encore tomber ſur le don mutuel, dans le cas où les Coutumes ont des diſpoſitions oppoſées par rapport à la qualité des perſonnes, à celle des biens, à l'égalité, à l'âge, à l'exiſtence des enfants, à la ſurvie pendant un temps, & au conſentement des parents habiles à ſuccéder aux donateurs; & après des raiſonnements aſſez longs, voici comme il termine, *page* 924.

*Pour ce qui eſt de moi, je ne ſaurois m'empêcher de dire que la matiere que nous avons ici pour objet, eſt très-difficile à traiter, & j'oſe même ajouter qu'il y auroit du danger à vouloir ſe*

*former un principe général, pour réſoudre toutes les queſtions auxquelles elle peut donner lieu, & ne pas faire certaines diſtinctions qui peut-être ſont néceſſaires à faire par rapport à la forme des actes, à la capacité des donateurs, & à la ſituation des biens.*

De tout ce que nous venons de rapporter, on voit qu'après ſoixante pages d'imprimé, M. Froland ne décide encore rien, & qu'il croit qu'il eſt difficile de prendre un parti certain. Tâchons donc d'éclaircir cette matiere : il ne faut pas reſter en chemin, quand il n'en coute que de méditer les principes & de les approfondir; mais j'obſerverai que nos queſtions mixtes ne ſe décident pas volontiers par des lieux communs, des raiſons uſuelles, & de tous les jours, mais par des raiſons propres & viſcérales tirées de la nature des Loix qui concourent entre elles; & je dis, à cette occaſion, ce que diſoit autrefois M. Ch. du Molin, en ſon *Conſ.* 45, *n.* 5, *ad deciſionem quæſtionum, & caſuum particularium, non ſum ſolitus adducere rationes, ſeu theorias generales quæ, ut inquit Baldus, non illuminant intellectum practicum qui conſiſtit in ſingularibus, & multo minùs argumentari ſoleo à remotis, & his quæ non concludunt : aſſumendo igitur ea quæ ſunt punctualia ad deciſionem, &c.*

Il faut convenir que nos meilleurs Auteurs ſe ſont trouvés diviſés entre eux. Les uns ont eſtimé que la prohibition de ſe donner entre conjoints, étoit perſonnelle; que cette prohibition n'étoit faite que pour conſerver & maintenir l'union & la paix entre conjoints; que c'étoit là le matériel du Statut qui devoit par conſéquent être régi par la Loi du domicile, & ils citent un Arrêt du 16 Mai 1616; tel a été l'avis de Barthole, & parmi nos Juriſconſultes François, celui de Coquille & de Pontanus, *tit.* 12, §. 13. D'autres, comme Balde, ont eſtimé que cette prohibition étoit réelle.

Et quant à ce qu'on oppoſe que le motif de la Loi eſt l'union & la concorde d'entre eux, & que ce motif eſt perſonnel, & rend le Statut perſonnel, ils répondent avec Abraham à Veſel, *art.* 1 des Conſtitutions d'Utrecht, *n.* 17, *quanquàm enim conjugalis concordia ſit actus perſonalis, cùm tamen habeat fundamentum in re, ſive ſubjectum reale, bonorum ſcilicet inter conjuges ſpoliationem inhibitam, non tam poteſt dici objectum diſpoſitionis ſtatuti quàm adjunctum inſeparabile, atque effectus diſpoſiti. Prohibitio enim inter virum & uxorem bonorum aliena-*

*tionibus, metus, minæ, blanditiæ abſint. Concordia autem inter eos vigeat neceſſe eſt;* & il ſemble qu'aujourd'hui tous les ſentiments ſont réunis pour ce dernier parti. J'en ai rapporté les autorités en ma Queſtion 6^e^, ſur les démiſſions de biens, imprimée en 1727.

Sur cette queſtion il peut y avoir pluſieurs partis à embraſſer. Le premier ſera de ſe déterminer pour la Loi du domicile matrimonial, & de n'autoriſer entre conjoints, les donations, en quelque endroit que les biens ſoient ſitués, qu'autant que cette Loi le leur permet. Le ſecond ſera de ſe déterminer par la Loi du domicile, au jour de la donation. Le troiſieme ſera de ſe déterminer par la Loi où les biens ſont ſitués.

M. le Préſident Bouhier, *ch. 22, n. 94 & ſuivants*, a embraſſé le parti de la Loi matrimoniale, & il faut convenir que ce parti préviendroit des difficultés aſſez conſidérables dans tout autre ſyſtême.

En effet, (& ce ſont à peu près les raiſons de ce grand Magiſtrat), les droits des conjoints ſeront inceſſamment expoſés à mille variations, ſoit par des changements de domicile, ſoit par des acquiſitions faites dans des Coutumes, plutôt que dans d'autres. Diſons plus, les conjoints ſe trouveront expoſés à quantité de ſurpriſes, & le ſort de la femme ſeroit encore plus triſte par la dépendance où elle eſt envers ſon mari; dépendance qui l'aſſujettiroit à tous les caprices & à toute l'avidité de ſon mari.

Les droits des conjoints ſont, en quelque maniere, fondés ſur une cauſe publique. Il importe, pour la tranquillité du dedans de l'Etat, qui réſulte de la tranquillité des familles, que les conjoints vivent en paix entre eux, ſans pouvoir changer la ſituation dans laquelle la Loi de leur domicile matrimonial les place. Les conjoints n'ont point dès-lors à craindre les vues ambitieuſes qui peuvent naître dans l'eſprit de l'un d'eux.

Auſſi M^e^ Ch. du Molin, *en ſon Conſeil* 31, eſt-il d'avis de ſe référer au premier domicile, en ce qui regarde les droits des conjoints; c'eſt-à-dire, au domicile que les conjoints ont au jour de leur mariage. *Primum domicilium ſemper inſpiciendum.* C'eſt ſur le pied de cette Loi qu'ils ſe ſont unis; en ſorte que M. le Préſident Bouhier s'arrête à un principe ſimple, qui eſt de régler tout ce qui regarde le pouvoir des conjoints entre eux, & leurs droits reſpectifs, comme ſi l'un d'eux étoit dé-

cédé peu de temps après leur mariage. Ce principe eſt admis pour la communauté; quelle difficulté de l'admettre pour les donations?

Cet avis peut être fortifié du ſuffrage du Commentateur de la Coutume d'Artois, *art.* 89, *n.* 38 & 41, où il dit, qu'encore que, en Artois, les conjoints ne puiſſent pas s'avantager entre vifs, néanmoins des conjoints domiciliés à Paris, & par-tout ailleurs, où le don mutuel fait entre vifs, eſt permis, peuvent valablement comprendre dans celui qu'ils ont fait, l'uſufruit des conquêts ſitués en Artois.

Enfin cet avis eſt d'autant plus judicieux, qu'en ce qui regarde les conquêts, il ſemble que les conjoints ne puiſſent être aſſujettis qu'à la Loi qui régit la communauté, & qui les rend conquêts.

Pour le ſecond parti qui eſt pour la Loi du domicile, au jour de la donation, (& cet avis eſt celui que Ricard a embraſſé), on dit que, quoique l'exécution de ces donations (dons mutuels) ſoit remiſe au jour du décès du premier mourant, ſon effet en ſoi, qui doit être principalement conſidéré, commence du jour du contrat, lie & arrête les volontés des Parties, & fait que cet acte eſt, en quelque matiere, une diſpoſition entre vifs; d'où il ſuit que dès le jour du contrat, celui des conjoints qui doit ſurvivre, eſt fait propriétaire ſous la condition de la ſurvie.

Mais M. le Préſident Bouhier répond à cela, qu'il arriveroit trop d'inconvénients de ce parti, par les différents changements de domicile, & que les Loix ne doivent pas ainſi dépendre du caprice des particuliers.

Enfin il y a le dernier parti qui eſt pour la Loi de la ſituation, au jour du décès du prémourant; & pour ce parti, on dit que ſi la Loi qui défend les donations, *habet quaſdam perſonales conſiderationes*, comme dit d'Argentré, *art.* 218, *gl.* 6, *n.* 14, elle tire ſa conſidération principale des choſes *à rebus, gentili pecuniâ, ſucceſſione, & propagatione familiarum, quæ reales potiùs ſunt, non ut illæ Juris Romani à perſonis ſumptæ;* & plus bas, *n.* 29, *nec enim perſonale dici debet, etſi perſonaliter de viro, & uxore diſponat, & poſſit etiam conſideratio talis ſtatuti rationem prohibitionis quadam ex parte elicuiſſe à qualitate virili & uxoria, ſed non ab ea ſola, imo multo magis hæredis reſpectu, ſed de rebus ſoli agitur de quibus ipſis ſtatutum cui res ſubjiciuntur, prohibet ne fiat.*

Nos diſpoſitions de Coutumes ont donc en vue l'intérêt des parents, *propter intereſſe hæredum;* c'eſt pour empêcher que l'un des conjoints ne dépouille les héritiers de l'autre; c'eſt pour prévenir la facilité qu'ils auroient d'y parvenir que la Loi a fait ces ſortes de prohibitions, & c'eſt pour conſerver les biens dans les familles.

Ainſi la Loi en cette partie eſt toute réelle; le matériel en eſt les biens, & le Statut ne met dans les conjoints qu'une incapacité particuliere & pure réelle, qui ne ſauroit, par conſéquent, dépendre que de la Loi de la ſituation.

Auſſi c'eſt ce qui a été décidé par pluſieurs Arrêts, & ce qui ſe trouve ſoutenu de l'avis de nos meilleurs Auteurs.

Pour commencer par les Auteurs, je n'en ai point trouvé qui ait mieux prouvé & mieux établi cette queſtion, que Conſtant ſur la Coutume de Poitou, en ſa Préface : ce paſſage eſt long; mais vous ne ſerez pas fâché de le trouver ici ſous vos yeux.

*Si vir & uxor in hac Pictonum provincia commorantes ſibi mutuo donent omnia ſua mobilia, & quæſtus immobiles, & tertiam partem patrimonii, & habeant bona immobilia, ſive quæſtus, ſive propria ſita in Provincia Enculiſmenſi, cujus conſuetudine vir & uxor, liberis exiſtentibus, nihil omnino donare poſſunt ſive mutuâ, ſive ſimplici donatione, certum erit hujuſmodi donationem nullum habere effectum in bonis immobilibus patriæ, ſeu conſuetudinis Enculiſmenſis, & è contra, & ſane ita judicatum arreſto ſupremi Pariſienſis Senatûs pro vidua domini Præſidis de Monbrun, 14 Auguſti anno 1574, quo Senatuſconſulto donatio facta à Pariſienſi, ſive conjugi ſuæ bonorum ſuorum quæ ſita erant in patria Juris ſcripti, bona, & valida dicta declarata eſt reſpectu immobilium, quæ erant in dicta patria Juris ſcripti, & eadem donatio dicta, & declarata eſt nulla, & nullius virtutis reſpectu bonorum quæ erant in conſuetudine Pariſienſi, quâ donatio inter virum & uxorem eſt expreſſe prohibita, in qua cauſa dictæ viduæ de* MONBRUN, *prius judicatum erat præcedenti placito dicto 8 Maii 1575, dictam donationem omnino nullam, ſed propoſitus fuit error contra hoc primum placitum, in qua inſtantia erroris, placitum illud primum erroneum declaratum eſt, & reparando errorem ſecundùm arreſtum ſupra dictum datum fuit. Hoc idem judicatum fuit alio Senatuſconſulto inter Dominum Cotel ſenatorem, & civem Pariſienſem maritum domicellæ Hilariæ*

*Hilariæ Barbier, & ejus donatariam, & dominum Papon, & alios hæredes collaterales dictæ Barbier, quo arreſto donatio dicti Cotel, declarata eſt nulla ratione bonorum quæ erant in conſuetudine Pariſienſi, ubi erat domicilium conjugum, ſed declarata eſt bona ratione immobilium quæ erant in Pictonum conſuetudine; & hoc adhuc judicatum eſt Senatuſconſulto Pariſienſi die duodecimâ Januarii anno* 1613, *relatore domino Le Roy, conſultis claſſibus pro Maria Bigaud hærede Franciſci Bigaud, contra dominum Joannem de Rochechouard appellantem à ſententia data in præſidiali curia Enculiſmenſi, die* 29 *Aprilis* 1611: *in hac facti ſpecie Franciſcus Bigaud, & Maria Aubry, matrimonium ſimul contrahentes, contractu ſui futuri matrimonii facto die ſextâ Decembris anno* 1569, *conveniunt*, qu'ils pourront ſe donner pendant leur mariage, en quelque part que leurs biens ſeroient ſitués & aſſis, tout ce qu'il leur étoit permis de ſe donner par la Coutume de Poitou, nonobſtant toutes les Coutumes à ce contraires, auxquelles ils auroient dérogé. *Hæc enim expreſſa erant verba hujus conventionis; conſtante illo matrimonio, ſibi mutuo donant omnia ſua mobilia, quæſtus & conquæſtus omnes, & trientem patrimonii, ut licitum eis erat conſuetudine Pictonum; poſt hanc donationem Franciſcus Bigaud moritur, qui habebat bona immobilia in Enculiſmenſi conſuetudine in qua vir & uxor non poſſunt ſibi invicem donare, niſi ſimplicem uſumfructum partis bonorum, nihil autem in perpetuum; quæſtio erat an hæc donatio valeret in perpetuum pro tertia parte proprii dicti Bigaud, ſiti in conſuetudine Enculiſmenſi: at licita & bona erat talis donatio in conſuetudine Pictavienſi: præſidiales Enculiſmenſes ſua ſententia judicaverant conſuetudines eſſe reales, & ſuo territorio legem dantes, atque ita donationem hanc non valere niſi pro uſufructu tertiæ patrimonii dicti Bigaud, ſiti in conſuetudine Enculiſmenſi, à qua ſententia cùm appellaſſet vidua donataria, Senatus, conſultis primum claſſibus per Dominum Le Roy, relatorem, & Dominum Courtin, collegas ſuos, in ſecunda claſſe inquiſitionum hanc ſententiam confirmavit in dicta claſſe die* 12 *Januar. anno* 1613.

Etienne Pallu ſur *l'art.* 243 de la Coutume de Touraine, a auſſi fort bien traité cette queſtion. « Quelques-uns, dit-il, ont » voulu douter ſi les conjoints domiciliés en Pays de Touraine, » (où les conjoints n'ayant même point d'enfants, ne peuvent ſe » donner leurs acquêts qu'à vie,) qui ont des biens en autres

»Provinces, *puta*, en Anjou, où il est permis de se donner la »propriété des acquêts, peuvent en donner de ceux d'Anjou, au »plus avant que l'usufruit, suivant notre article, prétendant »que les Coutumes ne sont réelles, sinon ès choses qui sont de »leur disposition absolue, comme ès hérédités, & non lorsqu'el»les dépendent des dispositions de personnes qui doivent régler »leurs volontés, selon les Loix des lieux où ils font leur demeu»re ; *quia tunc verba Statuti videntur in personam concepta.* Co»quille au lieu sus-allegué, *art.* 27, du titre des Droits des gens »mariés, semble avoir eu pente à cette opinion, & Pitou sur »*l'art.* 84, de Troyes; mais le premier avoue que la plupart des »Docteurs y ont été contraires, & tenu que les Coutumes sont »réelles & locales pour les fonds qui y sont renfermés, & n'ont »leur effet pour les biens situés ailleurs. Pitou dit qu'il a été »jugé pour la donation, en la proposition d'erreur pour la veuve »de M. le Président de Saint-André, sieur de Monbrun, & »jugé que les hommes peuvent disposer, étendre, ou restreindre »leurs volontés, selon les règles des lieux où leurs biens sont »assis. Du Môlin sur le conf. 16 d'Alexandre, le détermine sans »difficulté : *teneas indistincte quod Statuta, vel consuetudines* »*tanquam reales non extenduntur extra sua territoria.* Ce qui est »hors de doute au Palais.»

Vander Muelen sur les Coutumes de Vianen & d'Ameyden, qui ne permettent pas aux maris & femmes, de se donner *sive directe, sive indirecte, actu inter vivos, aut ultimâ voluntate*, demande de quelle nature est ce Statut, & il décide, *Statutum illud esse reale, nec se extendere ad bona alibi sita.* Ouvrez nos Auteurs François, Flamands, Hollandois, Allemands, Espagnols, c'est un langage uniforme.

Quant aux Arrêts, nous avons en France ceux ci-dessus rapportés par Constant, deux autres de 1615 & de 1623, rendus pour la Coutume de Chartres, rapportés par Brodeau, *Lettre C. n.* 42, & par Vrevin sur Chauny, *art.* 59.

M. René Chopin sur Paris, *liv.* 2, *tit. n.* 15, rapporte d'après Peckius, *de testam. conjug. chap.* 12, un Arrêt semblable du Conseil de Malines.

Mais pour nous rapprocher de plus près des derniers temps, nous avons celui de 1663, rendu en la Grand'Chambre, entre M. des Hameaux, d'une part, & la Dame veuve de M. de Miroménil, Maître des Requêtes, donataire mutuelle de son mari, d'autre.

Le contrat de mariage de M. & Madame de Miroménil avoit été paſſé à Paris, avec ſoumiſſion à la Coutume de Paris, & dérogation à toute autre; ils avoient fait des acquiſitions en Normandie, où, ſuivant *l'art.* 410, gens mariés ne peuvent céder, donner & tranſporter l'un à l'autre quelque choſe que ce ſoit, ni faire contrat ou conceſſion, par leſquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout, ou partie, directement ou indirectement.

Les ſieur & Dame de Miroménil s'étoient fait un don mutuel; le ſieur de Miroménil étoit décédé le premier; ſon héritier ſoutenoit qu'il falloit ſuivre la réalité des Coutumes, & par conſéquent *l'art.* 410 de la Coutume de Normandie.

La Dame de Miroménil ſurvivante, ſoutenoit de ſa part qu'il falloit ſuivre la Loi où le contrat de mariage avoit été paſſé; mais par l'Arrêt on jugea pour la réalité: voilà pour le cas où la Coutume de la ſituation eſt prohibitive; voici une autre déciſion pour le cas où la Coutume de la ſituation eſt permiſſive, & va au-delà de ce que la Loi du domicile des conjoints permet.

M. le Préſident des Hameaux & la Dame ſon épouſe étoient mariés à Paris, avec ſtipulation de communauté, ſoumiſſion à cette Coutume, dérogation à toute autre; ils s'étoient fait un don mutuel depuis leur mariage; il y avoit des biens à Paris, & il y en avoit à Senlis, & dans cette derniere Coutume on peut donner en propriété. On jugea que la Dame des Hameaux auroit la propriété des biens ſitués à Senlis, par Arrêt du 7 Janvier 1671. Cependant, à l'égard de ce dernier Arrêt, voyez ce que dit M. Froland, *page* 888 de ſes Mémoires ſur les Statuts, où il révoque en doute l'exiſtence de cet Arrêt.

M^e Ch. du Molin, *en ſon Conſ.* 53, a cru auſſi qu'il falloit ſuivre indiſtinctement la Loi de la ſituation, même pour les conquêts de peine.

Il eſt vrai qu'il commence par poſer pour principe, que ceux qui contractent dans le lieu de leur domicile, ſont préſumés adopter toutes les Loix de ce lieu. *Qui ſimpliciter contrahunt in loco ſui domicilii, intelliguntur eo ipſo contrahere, & paciſci ſecundùm mores & conſuetudinem notoriam illius loci, niſi aliter expreſſe caveant.*

S'il poſe ce principe, c'eſt pour établir que des conjoints qui ſe marient dans une Coutume de communauté, contracten-

dès-lors, entre eux, ce droit de communauté qui a lieu, non pas en vertu de la Coutume, parce que, dans ce cas, elle ne s'étendroit pas au-delà du territoire où la Loi a droit de commander : *Non debet egredi fines, & limites conſuetudinis localis, nec porrigere effectum ultrà locum conſuetudinis ;* mais en vertu d'une convention tacite, *tanquàm pars contractûs, & lex privata, & conventionalis à contrahentibus volita, inducta & diſpoſita.*

Les raiſons qu'il en donne ſont, 1°. Que ſi les conjoints n'avoient pas voulu admettre une pareille communauté, ils auroient diſpoſé entre eux autrement; en ſorte que faute de s'être arrangé d'une autre maniere, ils ſont préſumés avoir voulu ſuivre & adopter la Loi du lieu qui devient pour eux une Loi de convention. *Tum quia non ineſſet niſi contrahentibus placeret, quia poſſet aliter libere diſponere ; ſed ſolum ideo ineſt, quia cenſentur contrahentes ita ad invicem pepigiſſe & conveniſſe eo ipſo quod aliter non diſponant.*

2°. Que dès-lors il naît une action que donne, non la Loi, ni la Coutume, mais la convention : *non competit condictio ex ſtatuto & moribus, nec alia actio dativa à lege, vel conſuetudine, ſed competit ipſa actio dativa ex contractu, tanquam ex negotio privatim ſic geſto & placito inter partes.*

Mais ce principe de M^e Ch. du Molin, que ceux qui contractent dans le lieu de leur domicile, ſont préſumés contracter ſuivant les Loix qui y ſont obſervées, & qu'elles paſſent en forme de contrat convenu & accordé entre les Parties, ne doit pas s'appliquer à toutes les Loix qui s'obſervent dans le lieu du domicile ; parce que, comme dit M. d'Argentré, *ſi à ſimplici legis, aut ſtatuti diſpoſitione conventio perſonalis inferri poſſet, conſequeretur ſtatutis omnibus ineſſe conventiones falſiſſimâ illatione, cùm multum ubique interſit inter proviſionem legis, aut hominis.*

Auſſi M^e Ch. du Molin n'étend pas ſon principe ſi loin.

Suivant ſon principe de la convention préſumée, il faudroit dire que des conjoints mariés & domiciliés en la Coutume de Paris, où il ne leur eſt permis, depuis & pendant leur mariage, de ſe donner que les conquêts, & même en uſufruit, & par don mutuel, ne pourroient pas s'avantager en propriété, des conquêts ſitués en Coutumes où il eſt permis de s'avantager, & cela à raiſon de la ſoumiſſion préſumée à la Coutume du

domicile matrimonial, qui opere une convention du moins tacite. Cependant Me Ch. du Molin, dans ce même *Conſ.* 53, décide que des conjoints domiciliés à Paris, avoient pu ſe donner mutuellement en propriété, les biens ſitués en Pays de Droit écrit, qu'ils avoient acquis pendant leur mariage.

Voici un autre Conſeil de Me Ch. du Molin, qui eſt le 31, & qui ſert à faire connoître que la ſoumiſſion préſumée à la Coutume du lieu où l'on contracte, ne s'entend pas d'une ſoumiſſion générale, à toutes les Loix de ce lieu, & qu'en fait de diſpoſitions teſtamentaires entre conjoints, il faut ſuivre la réalité; c'eſt-à-dire, la ſituation des biens.

Un homme domicilié en la Ville d'Axel en Flandres, ſe maria dans une autre Province, & amena ſa femme à Axel, lieu de ſon domicile; il y avoit entre eux un contrat de mariage relatif à la Coutume du domicile du mari.

Le mari va par la ſuite à Anvers, pour occaſion d'affaires, & y demeure avec ſa femme pendant dix ans, où elle décede.

A Axel il n'eſt point permis de déroger, en aucune maniere, aux conventions matrimoniales, & les conjoints ne peuvent ſe donner, ni par teſtament, ni par aucun autre acte de diſpoſition derniere.

La femme avoit un bien ſitué à Anvers, où les conjoints ne peuvent pareillement changer, augmenter, ou diminuer aux conventions matrimoniales, & ne peuvent ſe donner, ſi ce n'eſt par teſtament, ou diſpoſition à cauſe de mort, mutuelle & réciproque.

Elle avoit, par un acte à cauſe de mort, fait quelque déclaration au profit de ſon mari qui altéroit & changeoit ce qui étoit écrit dans ſon contrat de mariage, & elle lui avoit légué le bien qu'elle avoit à Anvers.

Me Ch. du Molin, conſulté ſur cette eſpece, répondit que cet acte à cauſe de mort, ne pouvoit produire aucun effet, en ce qui dérogeoit aux conventions matrimoniales, parce que c'étoit la Loi d'Axel qui devoit régir ces conventions, & que cette Loi ne permettoit pas aux conjoints d'y rien ajouter, ni de ſe donner par teſtament, ou codicille.

Que la Loi d'Axel, où le mari avoit ſon domicile au jour de ſon mariage, étoit tellement immuable à cet égard, que quand même les conjoints auroient depuis changé de domicile, c'étoit toujours ce premier domicile qu'il falloit avoir en

vue, *& quandò tranſtuliſſet domicilium, ſemper primum domicilium primæ habitationis, quoad hujuſmodi pacta, & eorum firmitatem, & leges dicti loci debent attendi.*

Que par la demeure de dix années à Anvers, il n'y avoit pas eu de changement de domicile, cette demeure n'ayant été qu'occaſionnelle.

Qu'à la vérité, en ce qui concernoit les biens en fonds, ſitués à Anvers, appartenants à la femme, elle en auroit pu diſpoſer au profit de ſon mari, encore qu'à Axel lieu du domicile matrimonial, telle diſpoſition n'eût pas été valable, mais bien entendu que la diſpoſition eût été mutuelle, ainſi que le requéroit la Coutume d'Anvers; ce qui ne pouvoit être dans l'eſpece particuliere, puiſque le mari n'avoit pas de biens à Anvers.

De ce Conſeil de M^e Ch. du Molin, il ſuit pluſieurs déciſions.

La premiere, que ce n'eſt ni le lieu où s'eſt célébré le mariage, ni le lieu du domicile de la femme, lorſqu'elle ſe marie, qui décide des conventions matrimoniales, mais le ſeul domicile du mari, & où il emmene ſa femme.

2°. Que le domicile du mariage eſt immuable, quant à ces ſortes de conventions matrimoniales, nonobſtant toute autre tranſlation de domicile.

3°. Qu'encore que la Loi du mariage ne permette pas aux conjoints de ſe léguer par teſtament, cela n'a lieu que pour les biens qui y ſont ſitués, & que ſi les biens étoient ſitués dans des Coutumes qui autoriſent les legs, on peut uſer du bénéfice de la Loi.

4°. Que ſi cette Loi de la ſituation preſcrit aux conjoints une certaine nature de diſpoſition, comme par teſtament mutuel, cette nature de diſpoſition doit être néceſſairement obſervée, à peine de nullité de la diſpoſition.

5°. Enfin, que qui dit un teſtament mutuel, dit un teſtament par lequel les conjoints ſe font un avantage égal & réciproque, & par lequel le ſurvivant de l'un, ou de l'autre, peut proportionnellement profiter, autant dans les biens du prédécédé, que le prédécédé, s'il eût ſurvécu, auroit profité dans ceux du ſurvivant, ſi ce n'eſt que la Loi interprete cette *mutualité* autrement.

D'où l'on voit que M^e Ch. du Molin ne donne pas à ſon principe de la convention préſumée, une étendue générale &

indéfinie; parce qu'autrement les conjoints étant réglés par la Loi d'Axel, & ce par une convention préſumée, & que cette Loi ne permettant aucun avantage entre conjoints, ils n'auroient pas pu ſe donner les biens ſitués à Anvers, en quelque maniere que ce ſoit, même par donation mutuelle, & néanmoins il ne rejette la donation en queſtion, que parce qu'elle n'étoit pas mutuelle, conformément à la Loi de la ſituation.

Il eſt vrai que, dans ce ſyſtême, les droits des conjoints ſeront expoſés à une grande viciſſitude, ſoit par des acquiſitions qui ſeront faites dans une Coutume, plutôt que dans une autre, ſoit par des changements de domicile, ſoit même, comme nous allons le dire bientôt, en changeant des fonds contre des deniers, ou des deniers contre des fonds; mais comme nous exceptons le cas de la fraude, cette viciſſitude ne naît que de la variété des Loix qui regnent dans le Royaume; & puiſque cette variété ſubſiſte, & que ces Loix ont droit de ſe faire obéir, il eſt néceſſaire que les conjoints ſoient ſoumis à ces Loix, ainſi que tout le reſte des ſujets qui ſouffrent pareillement de la variété des Loix en quantité d'autres occaſions.

Si ce ſyſtême a ſes inconvénients, celui du domicile matrimonial a les ſiens.

En effet, s'il falloit ſuivre la Loi du domicile matrimonial, il arriveroit que les conjoints qui ſeroient mariés en Coutumes prohibitives, ne pourroient pas ſe donner les biens même ſitués en Coutumes permiſſives; mais il faudroit réciproquement que ceux qui ſeroient mariés en Coutumes permiſſives, puſſent donc ſe donner les biens ſitués en Coutumes prohibitives, & ce ſeroit faire la Loi dans une Coutume étrangere, pour des choſes particulieres, & qui ne dépendent pas de l'état & de la condition de la perſonne; à moins de dire comme Barthole, que le Statut qui défend les donations entre conjoints, eſt perſonnel, ayant pour ſeul objet, & pour le matériel du Statut, la paix, l'union & la concorde entre conjoints.

Mais ſi cela étoit, il auroit donc fallu défendre toute donation entre conjoints. Cependant il y a peu de Coutumes, entre celles mêmes qui ſont prohibitives, où cette prohibition ſoit entiere & complete; ce qui fait connoître que c'eſt en vue ſeule de conſerver les biens dans chaque famille, que la prohibition eſt faite, & que ſelon que les Coutumes ont plus, ou moins veillé pour les héritiers, elles ont plus, ou moins permis aux conjoints de ſe donner.

Mais, dit-on, il eſt bien plus ſimple de déférer tout à la Loi matrimoniale, & que ce ſoit le moment du mariage qui fixe, entre les conjoints, tout ce qu'ils peuvent entre eux.

A quoi l'on répond que le principe peut être bon en certains cas, & par rapport à certains avantages légaux de nos différentes Coutumes, & encore par rapport à ce qui peut paſſer en convention tacite ; mais l'on a fait voir ci-devant que la prohibition, ou la permiſſion légale aux conjoints, de ſe donner, ne pouvoit pas paſſer en convention tacite, ſuivant l'autorité même de M^e Ch. du Molin, & que les donations en queſtion étoient des avantages de l'homme, & non de la Loi ; que la volonté des deux conjoints devoit concourir, & que les Loix de la ſituation ayant autoriſé ce concours, il falloit y déférer.

Il eſt vrai qu'on oppoſe que la volonté des conjoints eſt liée, quand ils ſont mariés dans une Coutume de prohibition ; mais c'eſt une pétition de principe, parce que ceux qui décident pour la réalité du Statut, nient que la volonté des conjoints ſoit liée, puiſqu'au contraire la Loi de la ſituation, de laquelle ſeule la volonté peut dépendre à cet égard, l'autoriſe expreſſément.

On convient que ſi on faiſoit un réglement ſur cette queſtion, le réglement qui ſeroit en faveur de la Loi matrimoniale, préviendroit bien des queſtions, & même des inconvénients ; mais un Juriſconſulte n'eſt pas un Légiſlateur, & il ne peut décider que par les principes de la matiere, & ce ſeroit s'en écarter, que de décider autrement.

Pour moi, dans ces différents partis, j'eſtime qu'il faut diſtinguer les différentes Coutumes & les différentes donations.

Si les conjoints font entre eux une donation entre vifs & irrévocable, ſa validité dépend de la Loi de la ſituation actuelle des biens.

Mais ſi la donation eſt à cauſe de mort, ou ſe réfere aux biens qui ſe trouveront au jour du décès, ce ſera encore, à la vérité, la Loi de la ſituation qui décidera, non pas celle actuelle au jour de la donation, mais celle actuelle au jour du décès du prémourant.

Je me fonde pour cela : 1°. Sur ce que les Loix commandent naturellement & néceſſairement aux biens qui ſont ſitués dans leur étendue.

2°. Que les conjoints en ſe donnant, ne ſe donnent que les biens qu'ils auront au jour de leur décès.

3°. Que

3°. Que dès-lors ils ne donnent que relativement aux Loix qui régiront les biens au jour de ce décès.

4°. Que le *vinculum* contracté entre les conjoints, n'eſt que pour lier les Parties, de maniere qu'ils ne puiſſent rien faire en fraude & contre la bonne-foi qu'ils ſe doivent, & qui eſt dûe en général à tous les contrats.

5°. Sur ce que la prohibition de ſe donner entre conjoints, eſt en faveur des héritiers, comme nous l'avons dit, & par conſéquent eſt toute réelle, & l'Arrêt de Gambard, cité ſur l'Obſervation ſuivante, fortifie ce parti.

Ce que nous venons de dire regarde les effets qui ont une aſſiette, ſoit réelle, ſoit fictive dans un lieu; mais que faut-il dire par rapport aux deniers ſtipulés par contrat de mariage, propres & immobiliers entre conjoints? Quelle eſt la Loi qui doit les régir?

Il eſt certain que ces ſortes de deniers ſtipulés propres & immobiliers, ſont en eux-mêmes de purs deniers qui, par fiction, deviennent des propres volants qui n'ont point d'aſſiette. Il ſemble donc qu'ils ſeroient attachés à la perſonne, & devroient ſuivre ſucceſſivement la Loi des différents domiciles, à l'exemple des rentes conſtituées.

Mais d'un autre côté l'on oppoſe qu'ils ſont rendus propres par convention matrimoniale; que cette convention portée par un titre auſſi reſpectable, doit être exécutée en ſon entier: *ſi quis mulierem deſponſaverit, quidquid ei per tabularum, ſeu chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum permaneat*, diſent les Loix Ripuaires, *cap.* 37, *de dotibus mulierum*, & la raiſon en eſt que le mariage étant de ſa nature indiſſoluble, *individuam vitæ conſuetudinem continens*, il eſt juſte que les accords & les conventions qui l'ont précédé, & qui en ſont la baſe, participent de ſa nature, *cùm pacta debeant imitari naturam contractuum quibus apponuntur*, & qu'il faut pénétrer quel peut avoir été l'eſprit & l'intention des contractants.

Or, la ſtipulation de propres peut avoir différents dégrés. On ſtipule un meuble propre aux conjoints pour l'exclure de la communauté d'entre eux, & en ce cas ce meuble reſte meuble en lui-même; il n'eſt propre & immeuble que vis-à-vis la communauté, tant qu'elle ſubſiſte & qu'elle n'eſt pas partagée; hors l'intérêt de la communauté, il eſt meuble.

Quelquefois on pouſſe la convention juſqu'à ſtipuler le meuble propre à l'un des futurs & aux ſiens, c'eſt-à-dire, à ſes enfants, & à ſes deſcendants; & dans ce cas la ſtipulation a pour objet non-ſeulement d'exclure le meuble de la communauté, mais de faire encore que dans la ſucceſſion des enfants tant qu'il y en a, l'autre conjoint ne puiſſe rien prendre; en ſorte que la ſtipulation eſt en faveur des enfants contre l'autre conjoint, qui n'en peut profiter que dans la ſucceſſion du dernier des enfants, la fiction ſubſiſtant juſques-là.

On va quelquefois encore plus loin : car non-ſeulement on ſtipule que la choſe mobiliaire ſera propre à un des conjoints & aux ſiens, mais très-ordinairement on ajoute, *de ſon côté & ligne* : l'effet de cette ſtipulation étoit anciennement, non-ſeulement contre la communauté, non-ſeulement encore contre l'autre conjoint dans le cas où il y a des enfants, mais indiſtinctement contre l'autre conjoint, ſoit qu'il y eût des enfants, ſoit qu'il n'y en eût pas; de ſorte que tant que la fiction ſubſiſtoit, ce conjoint ne pouvoit jamais rien avoir dans la ſucceſſion du dernier même de ſes enfants, & il falloit que le propre fictif allât dans la ſucceſſion *ab inteſtat*, comme meuble, au plus proche parent de celui des conjoints qui avoit fait la ſtipulation, & cela étoit indiſtinctement vrai, quand les conjoints ſe marioient *de ſuo*, ou l'étoient par des Tuteurs étrangers.

Mais quand le conjoint a été doté par ſes pere & mere conjointement, on a douté ſi la ſtipulation de propre à lui, & aux ſiens de ſon côté & ligne, excluoit les pere & mere codotateurs de ſuccéder à ce propre en entier dans la ſucceſſion du dernier de leurs petits enfants mineurs, & l'on a jugé que non : Arrêt du 16 Mars 1733, au profit de la Dame veuve du Moulin, contre les collatéraux de ſon mari.

Mais il vient nouvellement d'être rendu un Arrêt qui change cette Juriſprudence, quant à la ſtipulation de côté & ligne, & qui a jugé que la ſtipulation de propre portée au côté & ligne, n'avoit point l'effet d'appeller les parents de celui qui avoit fait la ſtipulation au préjudice des parents plus proches de l'autre côté & ligne, & l'on prétend même faire remonter cette Juriſprudence juſqu'à l'année 1733, que fut rendu l'Arrêt de du Moulin, ci-deſſus cité, & ce dernier Arrêt ne laiſſe aucune équivoque; il eſt du 17 Mai 1762. En voici l'eſpece.

M. Anne-Philippe Bellanger d'Eſſenlis, Conſeiller en la

Cour, par ſon contrat de mariage, avec Dame Marie-Marguerite Maillard, du 20 Janvier 1749, avoit ſtipulé l'action de remploi propre aux futurs conjoints & aux leurs de chacun côté & ligne.

De ce mariage étoit iſſu Anne-Jean-Charles-Etienne-Urſin Bellanger, Chevalier, Seigneur de Beauvoir.

Lors de ſon mariage, M. Bellanger d'Eſſenlis étoit propriétaire d'un tiers dans un intérêt, dans les Carroſſes de Place de Paris.

Après ſon décès, la veuve renonça à la communauté, & décéda avant ſon fils, qui au moyen de ces deux décès, fut héritier de ſes pere & mere.

Le ſieur Bellanger de Beauvoir étant décédé mineur & ſans enfants, il s'éleva une grande queſtion dans ſa ſucceſſion, qui fut de ſavoir ſi cet intérêt purement mobilier devoit appartenir aux ſieur & Dame le Fouin, ſes biſaïeuls maternels, & plus proches par la Loi du ſang, ou à M. Antoine-Louis Bellanger, & à Madame Marie-Madelaine Bellanger, épouſe de M. Pierre du Pré de Saint-Maur, ſes oncles & tante paternels.

La cauſe portée à l'Audience de Meſſieurs des Requêtes du Palais, les effets ſtipulés propres & venants de la ſucceſſion du mineur de Beauvoir, furent adjugés audit oncle & tante paternels, comme étant le côté & ligne dudit mineur, & les aïeux dudit mineur du côté maternel en furent exclus.

Appel de cette Sentence en la Cour : la queſtion fut diſcutée pendant huit Audiences, par M. Brouſſe, pour les Appellants, & MM. Doulcet & Gerbier, pour les intimés parents paternels.

M. Brouſſe oppoſa pour le ſoutien de ſon appel, pluſieurs moyens : d'abord il fit ſentir qu'il s'agiſſoit d'une ſucceſſion *ab inteſtat*, & de décider à qui un effet mobilier qui s'y trouve, appartiendroit.

On oppoſoit la ſtipulation de propres portée par le contrat de mariage de M. & Madame d'Eſſenlis ; ſtipulation qui avoit été portée juſqu'au côté & ligne de M. d'Eſſenlis ; ſtipulation qui excluoit tous ceux qui n'étoient pas dudit côté & ligne.

A quoi M. Brouſſe répondoit par pluſieurs principes.

Le premier que c'eſt à la Loi qu'il appartient de déterminer la nature de nos biens : il n'y a perſonne qui par un pur effet de ſa volonté, puiſſe dire qu'il veut qu'un meuble qu'il poſſede ſoit propre dans ſa ſucceſſion ou dans celle de ſes enfants, ni qu'un propre ſoit réputé acquêt ou mobilier.

Le ſecond principe : que la Loi ne ſe contente pas d'imprimer à nos biens un caractere immuable ; qu'elle détermine encore l'ordre d'y ſuccéder, & ne reconnoît point d'autres héritiers que ceux qu'elle appelle ; qu'à la vérité il peut faire des donations, des teſtaments, des ſubſtitutions ; que dans ce cas il fait des donataires, des légataires & des ſubſtitués ; mais qu'il ne fera jamais des héritiers.

D'où il concluoit qu'une ſimple ſtipulation de propre entre tous autres que les contractants, ne peut pas changer l'ordre d'une ſucceſſion ; que la clauſe pouſſée juſqu'au côté & ligne, ne renferme préciſément que ce qui étoit néceſſaire pour exclure le conjoint ſurvivant de la ſucceſſion du dernier des enfants qui naîtroient du mariage ; qu'il falloit pour cela une diſpoſition préciſe par donation, teſtament, ou ſubſtitution, & que même dans le cas de la ſubſtitution, l'Article 4 de l'Ordonnance de 1747, ordonne qu'on ne pourra à l'avenir ſubſtituer un effet mobilier, qu'en en ordonnant la vente, & à la charge d'en faire emploi en fonds ; que s'il eſt ordonné qu'il ſera conſervé en nature, cet effet ſera poſſédé librement, ſi ce n'eſt dans les cas portés dans les Articles 7 & 8 ; que l'effet de la ſtipulation de propre aux conjoints, eſt d'empêcher que l'effet mobilier entre dans la communauté ; que celui de ſtipulation aux ſiens, pour que, le mari étant décédé, ſes enfants y ſuccedent l'un à l'autre, à l'excluſion de la femme ; celui de la ſtipulation de propre de ſon côté & ligne, pour que dans la ſucceſſion du dernier de ſes enfants, ſa femme, ſi elle ſurvivoit, ne pût le recueillir, comme elle l'eût recueilli, ſi la ſtipulation n'eût été faite qu'à lui & aux ſiens ; que ces ſortes de ſtipulations, en un mot, ne valent que comme conventions entre conjoints, pour s'exclure de ſuccéder à l'effet mobilier ſtipulé propre dans les cas prévus, & qu'alors elles ſont licites, parce qu'on peut, par contrat de mariage, faire un pacte de non ſuccéder, & s'exclure mutuellement de la ſucceſſion de ſes enfants.

Les Appellants ajoutoient que ce qu'ils propoſoient aujourd'hui, étoit effectivement contre une ancienne Juriſprudence, ou plutôt contre une ancienne erreur ; mais ils prétendoient que cette ancienne erreur avoit été proſcrite par l'Arrêt de 1733, appellé l'Arrêt de du Moulin.

Le parti contraire fut vigoureuſement établi par MM. Doulcet & Gerbier, pour les héritiers collatéraux paternels : on

n'expoſera pas ici leurs moyens, parce qu'étant intervenu un Arrêt de réglement, il importe ſeulement de ſavoir la Loi & les faits ſur leſquels cette Loi eſt intervenue. Cet Arrêt qui eſt du 17 Mai 1762, a été rendu ſur les concluſions de M. le Peletier de Saint-Fargeau, Avocat-Général. Il met l'appellation & ce dont eſt appellé au néant; émendant, il adjuge l'intérêt dans les Carroſſes de Place de Paris, aux ſieur & Dame Lefouin, biſaïeux du ſieur Bellanger de Beauvoir, & par conſéquent plus proches que les ſieur & Dame du Pré de Saint-Maur, qui n'étoient que collatéraux dudit de Beauvoir, quoique du côté & ligne de M. d'Eſſenlis; en ſorte que cet Arrêt juge & fixe pour Juriſprudence, que la ſtipulation de propre aux conjoints, aux leurs de leur côté & ligne, n'a d'effet que contre les conjoints qui ont fait la ſtipulation, & que la fiction de propre n'a de force qu'entre les contractants & leurs enfants.

*Arrêt de Réglement de la Cour de Parlement, qui décide que la ſtipulation de propre d'effets mobiliers, n'eſt qu'une convention qui ne peut être oppoſée qu'au conjoint qui l'a faite, & à ceux qui viennent de ſon chef.*

Du 17 Mai 1762.

*Extrait des Regiſtres du Parlement.*

» Louis, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre: » au premier Huiſſier de notre Cour de Parlement, ou autre » notre Huiſſier, ou Sergent ſur ce requis; ſavoir faiſons: qu'en» tre Charles Lefouin, Gouverneur de Melun, & Edmée-Mar» guerite Hatin Dubuiſſon, ſon épouſe, ſeuls héritiers par bé» néfice d'inventaire, quant aux meubles, acquêts & propres » maternels de Anne-Jean-Charles-Etienne-Urſin Bellanger, » Chevalier, Seigneur de Beauvoir, leur arriere-petit-fils du » côté maternel, appellants d'une Sentence rendue aux Re» quêtes du Palais, le 13 Juillet 1761, & demandeurs en Re» quête du 21 Avril 1762, ladite Requête tendante à ce qu'il » plût à notredite Cour, en tant que touchoit l'appel interjetté » par leſdits Lefouin & ſon épouſe, de ladite Sentence des » Requêtes du Palais, du 13 Juillet 1761, l'appellation & ce

» dont est appel soient mis au néant, en ce que sur la demande » que Me Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, ci- » après nommés, avoient formée auxdites Requêtes du Palais, » à ce que les deux parties d'intérêts dans le privilege des Car- » rosses de Place ci-après désignées, seroient jugées appartenir » auxdits sieur Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, » comme héritiers des propres paternels dudit sieur Bellanger » de Beauvoir leur neveu, en conséquence de la stipulation de » propre à lui & aux siens de son côté & ligne, faite par Me Bel- » langer d'Essenlis, Conseiller en notredite Cour, pere dudit » mineur, par son contrat de mariage ci-après daté, il auroit » été ordonné par ladite Sentence, que les cinq deniers & de- » mi, deux quarante-cinquiemes de denier d'intérêts dans le » privilege des Carrosses de Place qui appartenoient à Me Anne- » Philippe Bellanger d'Essenlis, décédé Conseiller en notredite » Cour, au moment de son mariage avec Marie-Marguerite » Maillard son épouse, & les neuf deniers & demi & trois vin- » gtiemes de denier dans le même privilege, qui lui sont échus » depuis en qualité de légataire universel d'Antoine-Etienne- » Jean Bellanger de Chavignon, son oncle, appartiendroient » en pleine propriété auxdits sieur Bellanger, sieur & Dame » Dupré de Saint-Maur, ci-après nommés, à l'effet dequoi ils » ont été autorisés de retirer les titres des mains des déposi- » taires, & de toucher les fruits échus depuis le décès d'Anne- » Jean-Charles-Etienne-Ursin Bellanger de Beauvoir, & en ce » que les dépens, même ceux réservés par une précédente Sen- » tence du 19 Janvier 1761, ont été compensés; émendant » quant à ce, il soit ordonné que l'une & l'autre portion d'in- » térêts du privilege des Carrosses de Place dont est question, » appartiendront auxdits sieur & Dame Lefouin, en qualité » d'héritiers mobiliers du sieur Bellanger de Beauvoir, leur ar- » riere-petit-fils, à leur remettre les titres & papiers des inté- » rêts dudit privilege, même à leur en payer les fruits & reve- » nus échus depuis le décès dudit sieur Bellanger de Beauvoir, » seront tous dépositaires contraints par les voies, & ainsi qu'ils » y seront obligés; quoi faisant, ils en seront & demeureront » bien & valablement déchargés; que sur l'appel interjetté par » lesdits sieur Bellanger, sieur & Dame Dupré de Saint-Maur, » de la même Sentence du 13 Juillet 1761, l'appellation soit

» miſe au néant, il ſoit ordonné que ce dont eſt appel ſortira » ſon plein & entier effet; ledit ſieur Bellanger & leſdits ſieur » & Dame Dupré de Saint-Maur condamnés en l'amende du- » dit appel, & en tous les dépens des cauſes principale, d'ap- » pels & demandes, ſauf auxdits ſieur & Dame Lefouin leurs » autres droits & actions, & à prendre dans la ſuite telles au- » tres fins & concluſions qu'ils jugeront à propos, d'une part; » & Antoine-Louis Bellanger, Conſeiller en nos Conſeils, pre- » mier Avocat-Général en notre Cour des Aides de Paris, » Pierre Dupré de Saint-Maur, Conſeiller honoraire en notre- » dite Cour, & Marie-Madelaine Bellanger, ſon épouſe, ledit » ſieur Bellanger & ladite Dame Dupré de Saint-Maur, héri- » tiers des propres paternels de Anne-Jean-Charles-Etienne- » Urſin Bellanger, Chevalier, Seigneur de Beauvoir, leur ne- » veu, décédé mineur, intimés & défendeurs, d'autre; & en- » tre leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint- » Maur, appellants de la même Sentence des Requêtes du » Palais, du 13 Juillet 1761, dans les chefs qui leur faiſoient » préjudice, & demandeurs en deux Requêtes du même jour » 23 Avril dernier, l'une préſentée par ledit ſieur Bellanger, » l'autre par leſdits ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, & » toutes deux tendantes à ce que ſans s'arrêter à la demande » deſdits ſieur & Dame Lefouin, dont ils ſeroient déboutés, » en tant que touchoit l'appel interjetté par leſdits ſieur & Da- » me Lefouin, de ladite Sentence rendue aux Requêtes du » Palais le 13 Juillet 1761, l'appellation ſoit miſe au néant, il » ſoit ordonné que ce dont étoit appel, ſortiroit ſon plein & » entier effet, que les ſieur & Dame Lefouin ſoient condamnés » en l'amende ordinaire de douze livres; en tant que touchoit » l'appel interjetté par leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame » Dupré de Saint-Maur, de la même Sentence, l'appellation » & ce dont eſt appel ſoient mis au néant, en ce que par la- » dite Sentence ils auroient été déboutés de leur demande en » remploi des propres aliénés par ledit feu ſieur Bellanger d'Eſ- » ſenlis, Conſeiller en notredite Cour, leur frere, ſur la Terre » d'Arcy, & de leurs autres concluſions y relatives; en conſé- » quence il auroit été ordonné que ladite Terre d'Arcy & ſes » dépendances, ſituées dans la Coutume de Melun, demeure- » roient & appartiendroient en toute propriété & jouiſſance, » auxdits ſieur & Dame Lefouin, leſquels ont été autoriſés à

» retirer des mains des Propriétaires les titres de propriété de » ladite Terre d'Arcy, & ſes dépendances, & à en toucher les » fruits & revenus échus depuis le décès dudit ſieur Bellanger » de Beauvoir, & ceux qui écherroient par la ſuite, & en ce » que les dépens avoient été compenſés; émendant quant à ce, » il ſoit ordonné qu'en conſéquence de la ſtipulation de rem- » ploi, inſérée dans le contrat de mariage dudit ſieur Bellan- » ger d'Eſſenlis, du 20 Janvier 1749, avec Dame Marie Mar- » guerite Maillard, laquelle action de remploi avoit été ſtipulée » propre aux futurs conjoints, & aux leurs de chacun côté & » ligne, leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint- » Maur ſeroient autoriſés à reprendre conjointement le prix » des aliénations faites par ledit ſieur Bellanger d'Eſſenlis, pen- » dant ſon mariage, de ſes propres, aux déductions de droit, » le montant deſquelles repriſes ſeroit liquidé à l'amiable en- » tre les Parties, ſi faire ſe pouvoit, ſinon devant tel de nos » Conſeillers qu'il plairoit à notredite Cour commettre à cet » effet, & des intérêts de la ſomme à laquelle leſdites alié- » nations ſeroient fixées par ladite liquidation, à compter du » 18 Février 1760, jour du décès dudit ſieur Bellanger de » Beauvoir, pour être leſdits ſieur Bellanger, ſieur & Dame » Dupré de Saint-Maur, payés de la ſomme principale à la- » quelle ladite liquidation ſera faite, & des intérêts d'icelle, » ſur ladite Terre d'Arcy & dépendances, ſituées dans la Cou- » tume de Melun, leſquelles demeureront affectées & hypothé- » quées au paiement deſdites ſomme principale & intérêts; ce » faiſant, il ſoit ordonné qu'après ladite liquidation faite, il » ſera procédé en notredite Cour, ſur trois ſimples publica- » tions & affiches, à la requête, pourſuite & diligence deſdits » ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, en pré- » ſence deſdits ſieur & Dame Lefouin, ou eux duement appel- » lés, à la vente & adjudication de ladite Terre d'Arcy & dé- » pendances, pour ſur le prix qui en proviendra, être leſdits » ſieur Bellanger, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, payés » de ladite ſomme principale, ſuivant la liquidation qui en » aura été faite, enſemble des intérêts d'icelle, que leſdits ſieur » & Dame Lefouin ſoient condamnés en tous les dépens des » cauſes principales, d'appels & demandes, ſauf auxdits ſieur Bel- » langer, ſieur & Dame Dupré de Saint-Maur, de prendre » par la ſuite telles concluſions qu'ils aviſeront bon être, d'une » part;

» part; & leſdits ſieur & Dame Lefouin, intimés & défendeurs,
» d'autre part: après que Brouſſe, Avocat de Charles Lefouin,
» & Edmée-Marguerite Hatin Dubuiſſon ſa femme; Doulcet,
» Avocat d'Antoine-Louis Bellanger; & Gerbier, Avocat de
» Pierre Dupré de Saint-Maur, & Marie-Madelaine Bellanger
» ſon épouſe, ont été ouïs pendant huit Audiences; enſemble
» le Peletier de Saint-Fargeau pour notre Procureur-Général.
» NOTREDITE COUR, faiſant droit ſur les différents appels,
» en tant que touche l'appel interjetté par les Parties de Brouſſe,
» a mis & met l'appellation & ce dont eſt appel au néant, en
» ce que les portions d'intérêts dans le produit des Carroſſes
» de Place, ſtipulées propres à Bellanger d'Eſſenlis, & aux ſiens
» de ſon côté & ligne, dans ſon contrat de mariage, tant celles
» qui lui appartenoient au moment de ſon mariage, que celles
» qui lui ſont échues pendant le cours d'icelui, & qui ſe ſont
» trouvées dans la ſucceſſion du mineur Bellanger de Beauvoir,
» ſon fils, ont été adjugées par la Sentence, aux Parties de
» Doulcet & de Gerbier, collatéraux & héritiers des propres
» du côté paternel du mineur, & en ce que les dépens ont été
» compenſés; émendant quant à ce, ordonne que leſdites por-
» tions d'intérêts dans le produit des Carroſſes de Place, ap-
» partiendront aux Parties de Brouſſe, aſcendants du côté ma-
» ternel, & en cette qualité héritiers des meubles & acquêts
» dudit mineur; en conſéquence que tous dépoſitaires ſeront
» tenus de leur remettre les titres & papiers concernants leſ-
» dites portions d'intérêts, & à leur en délivrer les produits de-
» puis le décès dudit mineur; quoi faiſant, leſdits dépoſitaires
» en ſeront & demeureront bien & valablement quittes & dé-
» chargés, & à faute de ce faire, pourront être contraints par
» les voies de droit, en tant que touche l'appel interjetté par
» les Parties de Doulcet & Gerbier, ſans s'arrêter à leurs re-
» quêtes, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que ce
» dont eſt appel ſortira ſon plein & entier effet; condamne leſ-
» dites Parties de Doulcet & Gerbier en l'amende de douze
» livres, & en tous les dépens des cauſes principales d'appels &
» demandes. Faiſant droit ſur les concluſions de notre Procu-
» reur-Général, ordonne que le préſent Arrêt ſera imprimé,
» lu, publié, l'Audience du Châtelet tenante, & inſcrit ſur
» les Regiſtres dudit Châtelet. Mandons mettre le préſent Ar-
» rêt à exécution, de ce faire te donnons pouvoir. Donné en

» notredite Cour de Parlement, le dix-sept Mai l'an de grace » mil sept cent soixante-deux, & de notre regne le quarante-» septieme. Collationné, JOLIMET. Par la Chambre. *Signé*, » DUFRANC.

Il y a des Coutumes soucheres, c'est-à-dire, celles qui, en succession collatérale, exigent, pour succéder, non-seulement que l'on soit parent de côté & ligne, mais que l'on soit descendu de celui qui a mis le propre dans sa famille ; & dans ces Coutumes, la stipulation de propre au futur conjoint, aux siens de son côté & ligne, n'opere qu'autant qu'il y a des descendants de celui qui a fait la stipulation ; autrement la somme stipulée propre va indistinctement au plus proche parent. Arrêt du 17 Décembre 1655, rendu en la Coutume de Melun, *Journal des Audiences*.

Le changement de domicile ne sauroit apporter aucun changement dans la stipulation de propre : elle doit être exécutée dans les successions, suivant la force & l'étendue des termes, & avoir effet par la seule autorité de la stipulation qui ne peut être sujette à aucun changement.

Mais que dirons-nous dans le cas de la donation ? Les conjoints peuvent-ils disposer entre eux du propre fictif, s'il n'y a pas changement de domicile depuis le mariage ? Le peuvent-ils, s'il y a changement de domicile ?

Dans le premier cas, & quand il n'y a pas de changement de domicile, il est nécessaire de se fixer à la Loi du domicile matrimonial.

Or, l'on distingue, à cette occasion, deux sortes de Loix & de Coutumes.

Celles où il n'est permis de disposer entre conjoints, que des effets communs entre eux, & celles où il est permis de disposer des meubles, acquêts, & même des propres en tout, ou partie.

A l'égard des premieres, il n'y a pas de difficulté que ces Coutumes ne permettant de disposer entre conjoints, que des effets communs, les propres fictifs étant stipulés propres pour empêcher qu'ils soient communs, les conjoints n'en peuvent pas disposer entre eux.

Quelques Coutumes s'expliquent là-dessus très-distinctement, comme Paris, Bretagne, *art.* 210. Aussi dans cette derniere

Coutume on a jugé que les propres fictifs d'une fiction référée à la Coutume de Bretagne, n'entroient pas dans les libéralités de conjoints à conjoints, par Arrêt du 14 Mars 1675, rapporté au Journal du Palais.

Mais dans les Coutumes où il eſt permis aux conjoints de diſpoſer entre eux des meubles, acquêts & partie de leurs propres, il y a beaucoup plus de doute, parce que le propre fictif eſt toujours en lui-même un meuble.

J'obſerverai d'abord que dans la Coutume du Maine, où, par *l'art.* 334, les conjoints peuvent, *liberis exiſtentibus*, ſe donner par donation mutuelle, ou autrement, les meubles à perpétuité, & les acquêts & conquêts par viage, on a, pour reſtreindre d'autant plus la faculté de ſe donner entre conjoints, jugé que les termes, *acquêts* & *conquêts*, ne s'entendoient que des acquiſitions faites pendant le mariage; ſavoir, celles faites par le mari ſeul, qui ſont exprimées & entendues ſous le nom d'acquêts, & celles faites conjointement par le mari & la femme, qui ſont exprimées ſous le terme de conquêts; & à l'égard des acquiſitions d'auparavant le mariage, elles ont été, vis-à-vis les conjoints, regardées comme propres, dont le mari ne peut dans cette Coutume aucunement diſpoſer, ſi ce n'eſt qu'il n'y eût, ni meubles, ni acquêts, ni conquêts.

C'eſt ce qui a été jugé par pluſieurs Arrêts des années 1607 & 1609, rapportés par Brodeau en ſa petite Coutume, & cet Auteur obſerve que l'Arrêt de 1607 fut rendu après Enquêtes par Turbes & que celui de 1609, ayant été publié en la Sénéchauſſée du Mans, il doit ſervir de regle.

Ce dernier Arrêt fut rendu, comme l'obſerve encore cet Auteur, nonobſtant qu'il eût été rapporté un Arrêt de 1571, & une Sentence de la Sénéchauſſée de 1586, qui avoient jugé le contraire.

Depuis cet Arrêt de réglement de 1609, il y en a eu un autre rendu dans la même Coutume, & rapporté par le même Auteur, du 21 Août 1654, qui a jugé en conformité.

Il eſt vrai qu'intermédiairement, & par Arrêt du 25 Février 1645, on fit délivrance à une veuve qui n'avoit point d'enfants du tiers des propres & de tous les meubles, conquêts & acquêts, y compris ceux d'avant le mariage. *Journal des Audiences, liv.* 3, *ch.* 78.

Mais le dernier état dans cette Coutume, eſt de regarder

les acquêts d'avant le mariage comme propres, ſuivant l'Arrêt du 29 Août 1701, rapporté aux Arrêts du Royaume. Arrêt 27, qui a été lu & publié au ſiege du Mans.

Il eſt vrai que la diſtinction des acquêts d'avant ou d'après le mariage, paroît être contraire au texte de la Coutume; mais telle eſt néanmoins la Juriſprudence en cette Coutume, que l'on prétend n'être fondée que ſur l'erreur des Praticiens qui ont établi cette diſtinction, dont l'uſage s'étant trouvé bien conſtant, a été autoriſé par les Arrêts.

On obſervera, en paſſant, que la diſpoſition de la Coutume du Maine, qui permet aux conjoints de ſe donner les conquêts par viage, a lieu daus le cas même de non-communauté; en ſorte que ce terme *conquêts* s'entend d'un bien acquis par les conjoints pendant qu'ils ſont enſemble, la Coutume du Maine n'exigeant que le mariage.

Mais ce qui a été jugé pour cette Coutume, ne feroit pas Loi pour les autres; cela dépend beaucoup de l'eſprit & de la diſpoſition des termes de chaque Coutume.

Pour revenir à notre queſtion, nous demandons ſi dans les Coutumes qui permettent aux conjoints de diſpoſer entre eux de leurs meubles en propriété, les effets mobiliers ſtipulés propres, peuvent faire partie de la donation.

Il eſt certain, comme nous venons de le dire, que ces effets mobiliers ſtipulés propres, ſont en eux-mêmes de véritables meubles; que les conjoints peuvent en diſpoſer comme de meubles, au profit des étrangers; mais la queſtion eſt, ſi ayant été ſtipulés propres entre conjoints, ils ne conſervent pas entre eux, & pour toutes les diſpoſitions qu'ils voudroient ſe faire l'un à l'autre, la qualité de propres.

Il y a des Coutumes où il eſt permis aux conjoints de ſe donner leurs meubles comme entre étrangers : or, dans ces Coutumes les deniers ſtipulés propres entre conjoints, ſont, à la vérité, tels pour le cas de la communauté, & pour les cas prévus par la ſtipulation; mais pour tout autre cas ils conſervent leur nature de meubles : les conjoints pourront donc ſe les donner comme ils auroient pu les donner à des étrangers, & c'eſt ce qui ſuit tout naturellement de l'Arrêt de Gambart, du 29 Décembre 1739, rapporté en l'obſervation ſuivante.

Mais dans les Coutumes où le pouvoir de ſe donner entre conjoints, ne porte pas que ce ſoit comme entre étrangers, en faut-il dire de même?

Cette queſtion a été jugée aſſez diverſement : nous avons pour l'affirmative les Arrêts de 1645, de 1656 & de 1681, rendus dans la Coutume d'Anjou, qui ont jugé que les deniers ſtipulés propres étoient meubles entre conjoints, quant à la donation.

On avoit jugé la même choſe dans la Coutume de Chartres, par Arrêt du 9 Juillet 1618, rapporté par Bardet, *tom.* 1.

Dans la Coutume de Poitou, dans laquelle, *art.* 209, le mari peut donner à ſa femme & la femme à ſon mari ſes meubles, acquêts, conquêts & tiers de ſes propres, ſoit qu'il y ait enfants ou non, nous avons deux Arrêts, ſelon leſquels il ſemble néceſſaire de faire une diſtinction. Si la fille ſe marie *de ſuo*, & fait une ſtipulation de propres des deniers qu'elle apporte, elle pourra en diſpoſer au profit de ſon conjoint comme d'un meuble ; c'eſt la diſpoſition de l'Arrêt du 27 Août 1695, rendu au rapport de M. Goeſlard (V. Journal des Audiences) mais ſi la fille a été mariée par ſes pere & mere, la ſtipulation de propre fait un propre de diſpoſition vis-à-vis le conjoint ; c'eſt ce qui a été jugé par l'Arrêt du 7 Septembre 1711, rendu en la Grand'Chambre, au rapport de M. de Vienne, qui a décidé que le meuble rendu propre fictif par la ſtipulation des pere & mere, mariant leur fille mineure, n'entroit dans la diſpoſition de la femme à ſon mari, que comme y entrent les autres propres.

Mais nous avons pour la négative abſolue ſix Arrêts cités dans le fameux Factum de M. du Pleſſis, qui ſe trouve dans le premier tome de ſes Œuvres, pour Samuel de Meulle ſieur de la Rigaudiere. Cet Auteur, ſur le fondement de ces ſix Arrêts, ſoutient que les conjoints n'en peuvent diſpoſer, que comme ils peuvent diſpoſer des propres : ces Arrêts ſont des années 1579, en la Coutume de Poitou ; 1615, en la Coutume du Maine ; 1637, ſans dire la Coutume ; 1650, en la Coutume de Touraine ; 1659 & 1672, en la Coutume du Maine : on cite encore communément pour ce parti un Arrêt rendu en 1675, rapporté au Journal du Palais ; mais par rapport à ce dernier Arrêt, la ſtipulation de propres, comme nous venons de le remarquer, ſe référoit par les termes à la Coutume de Bretagne, à laquelle la mere donatrice avoit voulu ſe conformer, & cet Arrêt ne prouve rien pour la theſe générale, comme on va l'obſerver dans un moment.

Outre les Arrêts ci-deſſus rapportés, il y en a encore un dans

la Coutume de Touraine, qui en l'*art.* 243, permet aux conjoints de diſpoſer entre-eux de leurs propres pour un tiers à vie, & on a jugé par Arrêt de 1633, que les propres fictifs n'entroient que pour un tiers dans les libéralités d'entre mari & femme.

Pour moi, dans cette variété d'Arrêts, je n'oſe pas m'expliquer; mais le *hoc eſt indiſtincte verum contra maritum*, de Mᵉ Ch. du Molin, ſur la Coutume de Nivernois, me paroît avoir ici une juſte application.

Ce qui eſt ſtipulé propre vis-à-vis le mari, eſt toujours propre indiſtinctement vis-à-vis de lui & de ſa femme: c'eſt pourquoi, de la même maniere que les acquêts d'avant le mariage ſont mis *inter patrimonialia quoad conjuges inter ſe*, ſelon M. d'Argentré, *art.* 221 de l'ancienne Coutume de Bretagne, de même les ſommes ſtipulées propres entre conjoints, ſont toujours propres, *quoad conjuges inter ſe*; c'eſt ce qui eſt porté par la mercuriale rapportée par Ricard, ſur l'*art.* 93 de la Coutume de Paris, *in fine*; en ſorte que quand ils ſe donnent un propre fictif, c'eſt un effet vraiment propre entre eux qu'ils ſe donnent.

Et cela peut être encore appuyé ſur les arrêtés faits entre pluſieurs Magiſtrats & Avocats, chez M. le Premier Préſident de la Moignon, inſérés dans les Œuvres de M. Auzanet, *tit.* 14 des teſtaments, *art.* 292, *n.* 48, *ne pourront néanmoins les conjoints par mariage en diſpoſer au profit de l'un de l'autre, que comme d'un propre naturel, ès lieux, & ſelon que les Loix & les Coutumes le permettent.*

Il faut convenir, néanmoins, que ce n'eſt point l'avis des conſultants de nos jours, ni même la Juriſprudence actuelle. On eſtime que les fictions doivent être renfermées dans les cas pour leſquels elles ont été admiſes; que dans les contrats de mariage, on n'enviſage ordinairement que trois choſes: la premiere, d'exclure de la communauté un meuble qui naturellement y entreroit; la ſeconde choſe eſt que les futurs veulent ſouvent pouſſer leur prévoyance plus loin: ils ne ſe contentent pas d'exclure le meuble de la communauté, ou d'en faire un propre à cet effet; ils veulent encore que ce meuble ait qualité de propre dans la ſucceſſion de leurs enfants, pour faire qu'ils le partagent entre eux à l'excluſion de l'autre conjoint.

Enfin on va encore quelquefois plus loin: car, non-ſeule-

ment on veut exclure le meuble de la communauté, non-ſeulement on veut que l'autre conjoint n'y puiſſe ſuccéder tant qu'il y a des enfants; mais on veut encore empêcher que l'autre conjoint n'y puiſſe ſuccéder au préjudice des parents de celui qui a fait la ſtipulation.

Ce ſont là les trois cas ordinaires pour leſquels on fait d'un meuble un propre fictif, comme je l'ai expoſé plus amplement ci-devant; mais quand on veut encore quelque choſe de plus & faire un propre de diſpoſition, il faut que la ſtipulation en ſoit expreſſe pour ce cas particulier, & il faut convenir que cet avis eſt conforme aux principes qui régiſſent la fiction, & qu'il faudroit une Loi qui en diſpoſât autrement, Loi qui pourroit avoir ſes avantages, mais Loi qui n'eſt pas faite, mais à faire.

Mais que dirons-nous, ſi des conjoints mariés dans une Coutume où ils ne peuvent pas diſpoſer de leurs propres entre eux, alloient demeurer dans une Coutume où il eſt permis d'en diſpoſer en tout ou partie? pourroient-ils diſpoſer de leurs propres fictifs? Ce que j'ai dit ci-devant, par rapport aux donations entre-vifs, & ce que je dirai dans l'obſervation ſuivante, au ſujet du remploi des propres, doit être rapporté ſur cette queſtion: c'eſt, ſelon moi, le domicile actuel au jour de la donation, en fait de donation entre-vifs, & le domicile actuel au jour du décès, en fait de diſpoſitions à cauſe de mort qui en décident.

J'ajouterai encore une autre queſtion à l'occaſion des propres fictifs: ces propres le ſont vis-à-vis les conjoints, & la fiction s'étend plus ou moins, ſelon l'étendue de la ſtipulation.

Mais quelquefois on pouſſe encore la ſtipulation beaucoup plus loin: car on ſtipule le meuble propre pour tous effets, même pour diſpoſition.

Or, dans ce cas, la queſtion eſt de ſavoir ſi ce meuble ſtipulé propre pour diſpoſition eſt ſuſceptible de la variété des différentes Loix, quand il y a changement de domicile, & qu'un homme, par exemple, qui demeuroit dans une Coutume où l'on ne peut diſpoſer que du quint de ſes propres, vient demeurer dans une autre où l'on peut diſpoſer du tiers.

On vient de remarquer que ce propre fictif eſt un propre volant; d'où l'on peut conclure qu'il doit ſuivre la perſonne, & que par conſéquent il doit recevoir toutes les impreſſions de chaque domicile à l'exemple des rentes.

Mais à cela on répond que c'eſt la Loi ſeule qui répute les rentes meubles ou immeubles ; qu'ainſi le propriétaire d'une rente changeant de domicile & de Loi, ce nouveau domicile, cette nouvelle Loi qui font impreſſion ſur la perſonne, font auſſi impreſſion ſur ces rentes.

Qu'il n'en eſt pas de même d'un propre par convention : c'eſt la convention qui le rend propre, & cette convention eſt toujours la même, nonobſtant tout changement de domicile.

Oui, dira-t-on, la choſe meuble ſtipulée propre par convention, même pour la diſpoſition, ſera, à raiſon de la convention, toujours propre de diſpoſition : voilà l'effet de la convention ; mais ce propre de diſpoſition eſt un propre volant qui ſuit la perſonne, & par conſéquent la Loi des différents domiciles, pour le plus ou le moins dont on peut diſpoſer.

Pour décider cette queſtion, il faut ſavoir ſi la convention de propre ſe réfere à la Loi du domicile ſubſiſtant au jour de la convention ; de ſorte que les parties aient eu intention de faire un propre, dont elles ne puſſent diſpoſer que comme des autres propres du domicile lors, ou s'ils ont eu intention d'en faire un propre ſimplement de diſpoſition.

Quand dans le contrat de mariage, il y a, outre la ſtipulation de propre même pour diſpoſition, quelques termes qui peuvent faire préſumer que les parties ont eu intention de ſe conformer à la Loi du domicile au jour du contrat, pour lors il n'y a plus de difficulté ; ce propre de diſpoſition eſt un propre qui doit être réglé par cette Loi, & c'eſt l'eſpece de l'Arrêt, du 28 Août 1675, rapporté au Journal du Palais, par lequel, à raiſon des termes d'enfoncement de dot de la part d'une fille mariée en Bretagne, on a jugé que, quoique le mari fût domicilié en Pays où les conjoints ſe peuvent donner, néanmoins ſa femme n'avoit pu lui faire par donation mutuelle entre-vifs aucune donation de ſa dot mobiliaire, pour raiſon de laquelle il y avoit eu un enfoncement ſtipulé conformément à la Coutume de Bretagne, où ces ſortes d'enfoncement de dot font réputer la dot immobiliaire. Voyez Hévin ſur Frain, *page* 756.

Mais hors ce cas, *quid Juris ?* & j'eſtimerois encore que le conjoint n'en pourroit diſpoſer que comme il diſpoſeroit d'un propre qui ſeroit ſitué dans le lieu qui régit le domicile matrimonial : ma raiſon eſt que cette ſtipulation de propre même

pour

pour diſpoſition, ne me paroît être que pour conſerver les biens dans la famille, & empêcher que, ſoit au profit de l'autre conjoint, ſoit au profit d'autre, on n'en puiſſe diſpoſer autrement que comme d'un propre.

Or, il n'eſt pas poſſible de référer cette convention à d'autre Loi que celle du domicile matrimonial, parce que : 1°. on ne voit pas dans le cas particulier que les parties contractantes en aient pu entrevoir d'autres ; 2°. parce que, ſans cela on pourroit éluder la convention en tout ou partie, les contractants allant demeurer dans des Coutumes où l'on pourroit donner ſes propres, ou une partie plus forte que celle permiſe par la Loi du domicile matrimonial ; on ſe trouveroit même aſſez embarraſſé, ſi les conjoints alloient demeurer dans le Pays de Droit écrit : à quelle Coutume ſe réfèreroit-on dans ce cas, ſi ce n'eſt à celle du domicile matrimonial ?

Voici l'eſpece d'un Arrêt aſſez récent.

Par le contrat de mariage du feu ſieur du Pont de la Naugeraye, avec Demoiſelle Eliſabeth Deſpeignes, paſſé en Poitou où ils étoient domiciliés, le 5 Août 1743, il a été ſtipulé qu'à l'égard d'une certaine ſomme de 14000 livres, faiſant partie des droits appartenants au ſieur du Pont, elle lui ſeroit propre : voici la clauſe, » & à l'égard des 14000 livres, pour l'excédant » des droits dudit ſieur du Pont, eſt expreſſément convenu que » ladite ſomme de 14000 livres demeurera réſervée & réputée » de nature de propre & ancien domaine audit ſieur du Pont, » & aux ſiens de ſon eſtoc & ligne, & deſquelles ſommes reſ- » pectivement réaliſées propres leſdits ſieur & Demoiſelle ..... » ne pourront diſpoſer que comme biens de cette nature. »

Le 24 Novembre 1743, le ſieur du Pont a fait ſon teſtament par lequel il legue à la Dame Deſpeignes, ſa femme, tous ſes biens en uſufruit, ou ſes meubles & acquêts immeubles, & le tiers de ſes propres au choix & option des héritiers du ſieur du Pont.

Le 21 Janvier 1744, le ſieur du Pont eſt décédé ſans enfants en Poitou.

Dame Jeanne du Pont ſa ſœur, mariée au ſieur Louvergnac, Ecuyer ſieur de Bourgneuf, & le ſieur du Pont ſon frere, tous deux héritiers du défunt, ayant interjetté appel de quelques Sentences des Juges de Saint-Maixant, qui avoient fait main-levée des ſaiſies qu'ils avoient fait faire entre les mains des Fer-

miers & débiteurs de la succession, ont demandé sur l'appel que la Demoiselle Despeignes, légataire universelle du feu sieur du Pont son mari, fût tenue en cette qualité, suivant la disposition de la Coutume de Poitou, qui assujettit le légataire universel au paiement des dettes mobiliaires, de leur payer la somme de 9333 livres 6 sols 8 deniers, faisant les deux tiers des 14000 livres, stipulés propres de disposition.

La Demoiselle Despeignes soutenoit que les héritiers du feu sieur du Pont étoient mal fondés dans cette demande, & conclut incidemment à ce que les 14000 livres fussent jugés compris dans son legs universel comme purs deniers.

Par Arrêt de la Grand'Chambre, au rapport de ..... du 24 Avril 1747, en déboutant la veuve de sa demande, elle a été condamnée de payer aux héritiers du défunt sieur du Pont, les deux tiers des 14000 livres, stipulés propres de disposition, & les intérêts du jour du décès.

De la réalité des Coutumes & de la nécessité de suivre la Loi de la situation, quand il s'agit de fonds, il s'ensuit que si la Loi de la situation exige du conjoint donataire de donner caution pour jouir du don, il faudra nécessairement qu'il la donne ; & voici ce qui a encore été jugé à cette occasion, depuis quelques années.

Un homme & une femme se marient à Paris.

Après leur mariage ils transferent leur domicile à Lille, où ils se font un don mutuel, & déchargent le survivant de l'obligation de donner caution.

Plusieurs années après, les conjoints reviennent s'établir à Paris, où le mari décede, laissant pour seul immeuble une maison à Auteuil, qui étoit un conquêt.

Dans cette espece, est-ce la Coutume de la passation du don mutuel, ou celle du décès du mari qui doit régler la validité de la décharge, de donner caution pour l'exécution du don mutuel ?

Cette affaire avoit été d'abord portée au Châtelet ; la veuve avoit demandé délivrance de son don mutuel, & avoit offert par son assignation de donner caution.

Mais l'affaire ayant été évoquée en la Cour, à la Requête de M. le Procureur-Général, il y eut une cessation de procédure pendant six années.

Au bout de six années les héritiers firent assigner la veuve

en la Cour, pour être tenue de donner caution, à l'effet de jouir de ſon don mutuel, ſinon qu'elle en demeureroit déchue.

Dans ces circonſtances la veuve fut conſeillée de révoquer les offres qu'elle avoit faites de donner caution : elle prit même des Lettres de reſciſion, ſoutint les héritiers non-recevables dans leur demande, & prétendit qu'elle n'étoit pas tenue de cette caution. Voici quels furent en abrégé ſes moyens.

Le don mutuel n'eſt pas une donation à cauſe de mort ; ce n'eſt pas non plus une donation entre vifs ; mais c'eſt un contrat onéreux qui doit être mis au rang des contrats entre vifs : il contient une diſpoſition préſente, une obligation réciproque & irrévocable.

Cela ſuppoſé, pour décider la queſtion, il faut conſulter le temps & le lieu où la convention a été faite. C'eſt dans cet inſtant que la volonté des Parties a été liée & arrêtée.

Par conſéquent c'eſt le domicile au moment de la donation, qui doit décider la queſtion ; que les Parties changent de domicile, ce changement n'en peut produire aucun dans l'exécution du don mutuel, tant pour les meubles exiſtants au jour de la donation, que pour ceux qui ont été acquis depuis. Comme le domicile au jour de la donation, régloit leur capacité, il doit régler leurs droits.

La Coutume de Lille diſpenſe les conjoints de donner caution ; mais ſi, à la diſpoſition de la Loi, on joint la diſpoſition de l'homme, & que les Parties ſe ſoient déchargées de toute caution, cette convention doit opérer, nonobſtant le changement de domicile, parce que cette convention n'étoit préciſément que pour prévenir ce changement, puiſque la Loi du domicile actuel diſpenſoit de la caution.

Le Statut du don mutuel eſt un Statut réel ; par conſéquent les conditions ſous leſquelles le don mutuel eſt fait, ſont pareillement réelles.

A quoi la veuve ſurvivante ajoutoit pour derniere conſidération, qu'elle étoit dans l'impoſſibilité de donner caution, devant un compte conſidérable au Roi.

Nonobſtant toutes ces conſidérations qui furent alléguées avec beaucoup de confiance, il intervint Arrêt le 3 Mars 1731, qui ordonne que la veuve donnera caution.

Il eſt aſſez incertain ſi la Cour ne s'eſt pas déterminée par

les offres que la veuve avoit faites d'abord au Châtelet, de donner caution, offres qui étoient réellement acceptées par l'aſſignation que les héritiers lui avoient donnée en la Cour, puiſqu'ils y concluoient, & que la veuve n'avoit révoquées que depuis.

Mais mettons la queſtion dans les termes de droit, dénuée de cette circonſtance, je dis qu'il falloit encore juger contre la veuve.

Il eſt vrai que le don mutuel a quelque choſe de préſent en ſoi; mais c'eſt ſimplement le *vinculum*, c'eſt-à-dire, que les conjoints ſont liés entre eux, & ne peuvent révoquer le don mutuel que d'un conſentement réciproque, & que ni l'un, ni l'autre ne peuvent, par fraude, y donner aucune atteinte.

Mais juſqu'au jour du décès de l'un, ou de l'autre, il eſt incertain quels ſeront les biens ſur leſquels l'exécution du don mutuel pourra tomber, parce que les conjoints ont la liberté de vendre & d'acquérir où bon leur ſemble, de convertir les deniers en immeubles, & les immeubles en deniers. Ils ont la liberté de changer de domicile, & le conjoint ſurvivant ne peut faire valoir ſon don mutuel, que conformément aux Loix qui régiſſent les biens au jour du décès.

Le Statut du don mutuel eſt un Statut réel, on en convient; mais c'eſt préciſément par cette raiſon qu'il faut ſuivre les Loix de la ſituation au jour que le don muuel a ſon exécution, parce qu'auparavant les biens ſont dans l'incertitude. Il n'y a rien de fixe quant à ce: le don mutuel peut être regardé comme une diſpoſition ambulatoire, à raiſon de ſon objet qui eſt ſujet à changement, & qui ne ſe regle pas par le principe & le commencement, mais par la fin, & c'eſt le moment du décès qui détermine ſur quoi le don mutuel doit être exécuté.

Mais de ce que le domicile au jour du don mutuel, régloit la capacité des conjoints, il ne s'enſuit pas que ce même domicile doive régler les conventions du don mutuel.

Car ſi l'on entend cette capacité d'une capacité particuliere, je ſoutiens qu'elle ne ſe prend pas toujours de la Loi du domicile, parce que tel pourroit être incapable par la Loi du domicile, d'une incapacité particuliere de faire un don mutuel, & de diſpoſer de certains biens, qui ſeroit capable par la Loi de la ſituation, *& vice verſâ.*

Ainſi le domicile ne regle que la capacité générale & d'état;

mais dans le cas de la capacité particuliere, les droits du don mutuel ne ſont pas réglés par la Loi du domicile, mais par la Loi de la ſituation.

Il falloit donc ſuivre pour les meubles & la maiſon d'Auteuil, la Coutume de Paris, non-ſeulement comme lieu du domicile au jour du décès du mari, à cauſe des meubles, mais encore comme lieu de la ſituation, à cauſe de la maiſon d'Auteuil, & par conſéquent donner caution conformément à cette Coutume.

Voici une autre eſpece ſur laquelle j'ai été conſulté. Le fait eſt dans l'expoſition des moyens que j'ai beaucoup abrégés à cauſe de tout ce que je viens d'expoſer.

» Le Conſeil ſouſſigné qui a vu un Mémoire, &c. eſt d'avis » que les ſieur & Dame Gueneau, quoique mariés en la Cou- » tume de Bourgogne, étant domiciliés à Paris au jour du don » mutuel fait entre eux, & ayant depuis continué leur domicile » à Paris, où le ſieur Gueneau eſt décédé, n'ont pu ſe don- » ner leurs propres conventionnels, ni mutuellement entre » eux, ni par teſtament; que par rapport à leurs autres meu- » bles, ils n'ont pu s'en donner aucuns en propriété, par quel- » que titre que ce ſoit; & que quant à l'uſufruit, ils n'ont pu » ſe donner que par don mutuel les meubles ſeulement faiſant » partie de leur communauté, à la charge préciſe de donner » caution, dont ils n'ont pu ſe décharger.

» En un mot, le Conſeil eſtime que tout le mobilier délaiſſé » par le défunt ſieur Gueneau, dont les propres convention- » nels ſont partie, doit être régi & réglé par la Coutume de Pa- » ris, domicile des Parties, tant au jour de la donation mu- » tuelle, qu'au jour du décès du ſieur Gueneau.

»L'on obſervera d'abord que le combat ne pourroit être qu'en- » tre la Coutume de Bourgogne où les conjoints ont été mariés, » & à laquelle ils ſe ſont ſoumis par leur contrat de mariage, » & la Coutume de Paris où les conjoints ſont venus demeurer » depuis, où ils ſe ſont donnés mutuellement, où le ſieur Gue- » neau a fait ſon teſtament, & où il eſt décédé.

» En effet, il faut écarter tous les domiciles intermédiaires, » parce que les conjoints n'y ont pas contracté entre eux; que ces » domiciles n'ont été que pour un temps, & que les Coutumes » de ces différents lieux ne peuvent régir ni les actes, puiſqu'ils » ne ſont pas paſſés dans l'étendue de leur domination, ni les

»perſonnes, puiſqu'elles ne ſont plus, par le changement de »domicile, ſoumiſes à ces Coutumes, ni les meubles & actions »mobiliaires, puiſqu'au jour des actes & du décès du ſieur Gue»neau, ils avoient leur aſſiette à Paris, à raiſon du domicile.

» Il faut donc ſe renfermer dans la Coutume de Bourgogne »& la Coutume de Paris.

» Ces deux Coutumes ſont d'accord entre elles ſur la capacité »d'état & de condition des conjoints. Selon l'une & l'autre Cou»tume, les conjoints étoient pleinement majeurs, par conſé»quent maîtres de leurs droits; ainſi il paroît indifférent qu'ils »tirent leur capacité d'état & de condition, plutôt d'une Cou»tume que d'une autre.

» Le point de la difficulté ſe réduit donc à ſavoir de laquelle »de ces deux Coutumes ils devoient tirer leur pouvoir particu»lier de ſe donner, ſoit mutuellement, ſoit purement & ſimple»ment. L'on dit pouvoir particulier : car tel par ſon état & ſa »condition, eſt en droit de diſpoſer de ſes biens, qui ne peut »pas néanmoins, à raiſon d'une prohibition légale, mais parti»culiere, diſpoſer au profit de ſon conjoint.

» Ainſi la capacité de diſpoſer en général de ſes biens, ſe prend »de la Loi du domicile; mais la capacité de diſpoſer ſinguliére»ment au profit de ſon conjoint, ne ſe prend pas toujours de la »Loi du domicile : autrement tout homme qui, par la Loi de ſon »domicile, peut diſpoſer de ſes biens au profit de ſon conjoint, »en pourroit diſpoſer en quelque endroit que les biens fuſſent »ſitués; & tout homme qui, par la Loi du domicile, ne pour»roit pas diſpoſer au profit de ſon conjoint, ne le pourroit pas »par-tout ailleurs; ce qui eſt rejetté dans nos mœurs, & avec »raiſon.

» Il faut donc diſtinguer entre la capacité d'état & de condi»tion de diſpoſer de ſes biens, & la capacité particuliere d'en diſ»poſer au profit de ſon conjoint.

» Il eſt certain, ſelon le principe de cette matiere, & ſelon »la Juriſprudence adoptée dans le Parlement de Paris, que la »faculté aux conjoints de ſe donner, eſt une faculté pure réelle »qui ſe prend par conſéquent de la Loi de la ſituation.

» Parmi les Auteurs étrangers nous avons Rodenburgh, Bur»gundus & un grand nombre d'autres qui ont pris le parti de »la réalité; & la raiſon qu'ils en donnent, eſt que ce Statut *reſ»picit intereſſe hæredum*, c'eſt pour conſerver le bien dans les »familles, & cette raiſon eſt pure réelle.

» Me Ch. du Molin, ſur Alexandre, *conſ.* 41, *liv.* 5, eſt auſſi »pour la réalité du Statut. *Mulier prohibita legare viro, poteſt »hîc eadem legare de bonis exiſtentibus Aureliis, ubi conſuetudo »non prohibet, dummodo illic habeat bona, non aliàs.*

» On peut voir ſur cette queſtion les autorités que j'ai rappor- »tées en ma Queſtion 6e des démiſſions de biens, *page* 117, »& celles qui ont été depuis rapportées par M. Froland, en ſes »Mémoires ſur les Statuts, *page* 847.

» Il eſt donc conſtant que le Statut qui regle le pouvoir des »conjoints, de diſpoſer au profit les uns des autres, eſt un Statut »réel.

» Or, la nature du Statut réel eſt de régler les biens qui lui »ſont ſoumis : c'eſt delà que par quantité d'Arrêts rapportés par- »mi les autorités auxquelles nous venons de renvoyer, on a jugé »des donations mutuelles bonnes pour certains biens-fonds, & »nulles pour d'autres, ſuivant la Loi de leurs différentes ſitua- »tions.

» Mais ce qui s'eſt jugé pour les fonds, doit ſe juger de mê- »me pour les meubles, étant certain que les meubles ſont régis »par la Loi du domicile de la perſonne, comme par une Loi »réelle, attendu que c'eſt là qu'ils ſont préſumés avoir leur aſ- »ſiette.

» Il eſt vrai que quelques Auteurs prétendent que la Loi qui »régit les meubles, eſt une Loi perſonnelle ; mais c'eſt une »queſtion aſſez indifférente, du moment que tout le monde »convient que cette Loi, ſoit qu'elle ſoit perſonnelle, ou réelle, »eſt toujours celle du domicile de la perſonne à qui les meubles »appartiennent.

» A l'égard des propres conventionnels, comme ils ne doi- »vent leur être de propres qu'à la convention, ils doivent être »conſidérés comme tels dans toute l'étendue de la convention, »parce que cette convention ſuit la perſonne par-tout où elle »peut aller demeurer par la ſuite ; mais hors l'étendue de la con- »vention, ces propres purs fictifs ſuivent la Loi du domicile actuel »de la perſonne, à l'exemple des rentes qui tantôt ſont meubles »& tantôt immeubles, ſuivant que le créancier demeure en »Coutumes qui les réputent de l'une ou de l'autre nature.

» Le Conſeil ſouſſigné eſtime donc que les meubles & propres »conventionnels, doivent ſubir la Loi preſcrite par le domicile »à Paris, du ſieur Gueneau, comme étant une Loi réelle, ſi ce

» n'eſt qu'il n'y eût, en ce qui concerne les propres conventionnels, » quelque convention particuliere : car elle devroit être exécutée » dans toute ſon étendue, comme étant un engagement contracté par les parties qui les ſuit par-tout, & l'on n'apperçoit rien » dans la clauſe du contrat de mariage, tranſcrite dans le Mémoire, qui ait pu empêcher que ces propres conventionnels » n'aient ſuivi ſucceſſivement, en ce qui regarde le don mutuel, » toutes les Loix auxquelles les conjoints auroient pu ſe trouver » aſſujettis par différents changements de domicile.

» La Coutume de Bourgogne ne doit entrer pour rien dans la » réſolution de la queſtion propoſée dans le Mémoire, & la raiſon en eſt, que les conjoints par leur contrat de mariage, ne » ſe ſont fait aucune donation ; ils ſe ſont ſeulement réſervé le » pouvoir & la puiſſance de le faire.

» On ne peut pas diſconvenir que cette réſerve ne pouvoit » opérer & être utile, qu'autant qu'au jour où les conjoints ſe » ſeroient fait une donation, les biens auroient été régis par la » Coutume de Bourgogne, parce que la réſerve ne les empêchoit » pas d'acquérir par-tout ailleurs, les conjoints n'ayant droit auparavant, ni commencé, ni acquis.

» Ainſi les conjoints pouvant acquérir en Coutumes prohibitives, il n'eſt pas douteux que ce qu'ils pouvoient faire par des » acquiſitions préciſes, ils l'ont pu par un changement de domicile, parce que la réſerve ne pouvoit opérer que dans le cas où » ils auroient eu des biens régis par la Coutume de Bourgogne.

» C'eſt pourquoi nous liſons dans Pithou ſur l'*art.* 97 de la » Coutume de Troyes, un Arrêt du 27 Mars 1575, au rapport » de M. Molé, au profit des héritiers du ſieur de Cherley, contre » ſa veuve, laquelle, dit cet Auteur, le mari avoit avantagée » par ſon teſtament ſur les biens de Champagne, ſous ombre » que contractant mariage en Bourgogne, il s'étoit réſervé de » pouvoir l'avantager, comme la Coutume de Bourgogne le permet, & non celle-ci.

» Ainſi, ſoit qu'on prenne les choſes dans l'état où elles étoient » au jour de la donation mutuelle, ſoit au jour du teſtament, » ſoit au jour du décès du ſieur Gueneau, dans ces trois temps » les parties étoient domiciliées à Paris.

» Car ici tous les temps concourent ; en ſorte que la même » Loi qui régiſſoit les meubles au moment de la donation, a continué

»tinué de les régir, & les régiſſoit au jour de l'ouverture du don »mutuel.

» Et c'eſt ce qui fait connoître l'inutilité de recourir à la Cou»tume de Bourgogne, & à la réſerve portée par le contrat de »mariage, parce que cette Coutume ne peut influer que ſur les »biens qui lui ſont ſoumis, & que la réſerve eſt totalement inu»tile dès que les biens ſont ſitués ailleurs.

»En effet, ſuppoſons que les conjoints euſſent été domiciliés »en Bourgogne, à quoi leur ſerviroit leur réſerve, ſi leurs biens »euſſent été ſitués ailleurs? ou même audit cas de biens ſitués »ailleurs, en quoi le défaut de réſerve auroit-il pu leur nuire?

» Pour la déciſion des queſtions propoſées, il ne faut donc »s'attacher qu'à la Coutume de Paris, lieu du domicile au jour »de la donation & au jour du décès du mari.

» Delà il ſuit que les conjoints n'ayant pu ſe donner qu'en »uſufruit les meubles de leur communauté, & la Coutume de »Paris exigeant caution, les conjoints n'ont pu ſe donner que »les meubles communs en ſimple uſufruit, & qu'ils n'ont pu ſe »décharger de l'obligation de la caution fondée en Loi publique, »& qui intéreſſe les héritiers du prédécédé : le Conſeil n'eſtime»roit pas même cette décharge de donner caution bonne de la »part des conjoints qui ne ſe ſeroient donné qu'en uſufruit des »biens ſitués même en Coutume, qui permettroit de donner en »propriété.

» Le ſeul effet de la décharge dans ces Coutumes eſt que l'on »ne peut rien reprocher au ſurvivant, & que c'eſt aux héritiers à »s'imputer de n'avoir pas demandé caution; au lieu que dans les »autres Coutumes, le ſurvivant n'acquiert la jouiſſance que du »jour qu'il a préſenté caution bonne & ſolvable.

»Délibéré à Paris, ce 8 Mars 1738.

M. le P. Bouhier, *n.* 117, *ch.* 22, propoſe la même queſtion, & la réſout en conſéquence de ſon principe ſimple, qui eſt de fixer les droits & le pouvoir des conjoints par la Loi du domicile matrimonial; mais je dis que pour former une pareille déciſion, il faudroit un réglement entiérement contraire aux grands principes de cette matiere, ſuivant leſquels, en attendant le réglement, un Juriſconſulte doit toujours décider.

Voici une eſpece jugée par Arrêt encore aſſez récent, & qui eſt dans le cas d'une diſpoſition teſtamentaire mutuelle, & réciproque entre conjoints de biens ſitués en différentes Cou-

tumes, & qui fut déclarée nulle par le défaut de la mutualité requiſe par la Loi de la ſituation.

En l'année 1700, Jacques de Vaudricourt, Chevalier, Seigneur d'Alnay, épouſa la Demoiſelle le Sueur.

Deux clauſes dans leur contrat de mariage.

La premiere porte que la future épouſe aura douaire, ſuivant & conformément à la Coutume d'Amiens, où les biens du futur époux ſe trouvoient ſitués.

Par la deuxieme il eſt dit que la future épouſe fait don à ſon futur époux du tiers intégral de ſes immeubles, leſquels étoient tous ſitués dans la Coutume de Normandie.

Le 13 Juillet 1706, les ſieur & Dame d'Alnay qui n'avoient point pour lors d'enfants de leur mariage, firent entre eux un teſtament mutuel.

Par ce teſtament les conjoints diſpoſent au profit l'un de l'autre, de tous les effets mobiliers à eux appartenants au jour du décès du premier mourant.

Outre cela, le ſieur d'Alnay donne à la Dame ſon épouſe tout ce que la Coutume d'Amiens lui permettoit de donner de ſes immeubles.

La Dame d'Alnay de ſon côté donne au ſieur ſon mari l'uſufruit du tiers de ſes immmeubles, outre le tiers qu'elle lui avoit déja donné par ſon contrat de mariage.

Cet acte étoit qualifié du nom de teſtament mutuel; mais il ne pouvoit y avoir de mutualité, parce que la Dame d'Alnay avoit tous ſes biens ſitués dans la Coutume de Normandie, qui défend, *art.* 410, aux conjoints par mariage de diſpoſer au profit l'un de l'autre, de quelque maniere que ce ſoit, directement, ni indirectement; en ſorte que dans le temps que le ſieur d'Alnay diſpoſoit avec effet au profit de la Dame ſon épouſe du bien qu'il avoit dans la Coutume d'Amiens, la Dame d'Alnay de ſon côté avoit les mains liées, & ne pouvoit donner aucuns de ſes immeubles, parce que la Coutume de la ſituation lui en interdiſoit la diſpoſition au profit de ſon mari.

Depuis ce teſtament il naquit au ſieur & Dame d'Alnay un enfant en 1706.

Le ſieur d'Alnay, pere, eſt décédé en 1718; la Dame ſa veuve, en qualité de tutrice de ſon fils, s'eſt miſe en poſſeſſion de tous les biens, & en a joui juſqu'à la mort de ſon fils, arrivée en l'année 1725.

Par ſon décès, ce fils a laiſſé deux ſortes d'héritiers; ſavoir, la Dame ſa mere héritiere des meubles, & le ſieur Curé de Cappeval ſon oncle paternel, ſon héritier des immeubles.

La mere avoit obtenu d'abord au Bailliage d'Amiens, une premiere Sentence qui lui avoit adjugé la jouiſſance proviſionnelle des biens de ſon fils au préjudice du ſieur Curé de Cappeval, héritier par la Loi de tous les immeubles de la ſucceſſion de ſon neveu.

Ce Curé ſe pourvut au Parlement contre cette Sentence; & quoiqu'il y eût déja obtenu un Arrêt de défenſe, la veuve du ſieur d'Alnay obtint au Bailliage d'Amiens une deuxieme Sentence, le 26 Novembre 1725, qui lui fait délivrance du legs univerſel porté par le teſtament mutuel du 13 Juillet 1706.

Sur l'appel interjetté en la Cour, par le ſieur Curé de Cappeval, M. Henri l'Huilier de Faviers fut chargé d'écrire pour lui: il fit un très-bon Mémoire, ſur lequel il eſt intervenu Arrêt au rapport de M. Pucelle, Conſeiller, le 2 Septembre 1728, qui prononce en ces termes:

» Notredite Cour, faiſant droit ſur le tout, a mis & met les » appellations & ce dont a été appellé au néant, émnedant, dé- » boute la Dame le Sueur de ſa demande en délivrance du legs à » elle fait par ledit défunt Antoine-Jacques de Vaudricourt, par » leur teſtament mutuel du 13 Juillet 1706, lequel notredite » Cour a déclaré nul, ordonne que dans un mois, &c.

Cet Arrêt juge que quand un teſtament entre conjoints eſt qualifié mutuel, & qu'ils ont entendu diſpoſer mutuellement & réciproquement, ce teſtament ne ſauroit ſubſiſter dès que la réciprocité ne s'y trouve pas.

2°. Qu'il n'y avoit pas de réciprocité dès que les biens de la femme étoient ſitués en Coutumes, où elle ne pouvoit diſpoſer en aucune maniere au profit de ſon mari.

3°. Que l'exécution des donations d'entre maris & femmes, ſe regle par la Loi de la ſituation des biens.

La naiſſance de l'enfant depuis le teſtament n'étoit pas d'une conſidération déciſive, parce que, ſuivant l'Article 106 de la Coutume d'Amiens, les donations de maris & femmes peuvent valoir, y ayant enfants du moins pour l'uſufruit, & ce fut par le défaut de réciprocité, que la diſpoſition fut déclarée nulle. *Obſtante conſuetudine ſitûs bonorum mulieris.*

J'ajouterai une derniere eſpece, qui eſt encore plus ſingulie-re, & qui appartient auſſi à nos queſtions mixtes.

Mais auparavant il faut mettre ſous les yeux certains arti-cles de la Coutume de Rheims.

*Art.* 239, hommes & femmes conjoints par mariage, ne ſont uns & communs en biens, meubles & conquêts immeu-bles faits durant & conſtant le mariage.

*Art.* 240, après le décès du mari, eſt au choix & option de la femme ſurvivante de partir contre l'héritier du mari, ou ſe tenir à ſes douaire & aport, ou de ſoi tenir à l'Ordonnance teſtamentaire de ſon mari.

Par l'*art.* 261, la veuve qui s'eſt tenue à ſon douaire & aport, ne prend part aux acquêts & conquêts faits durant le mariage.

Par l'*art.* 262, la femme peut avoir ſes douaire & aport, & prendre encore les legs particuliers qui lui ſont faits par ſon mari.

Par l'*art.* 263, la femme peut être légataire univerſelle de ſon mari; mais en prenant le legs, elle eſt privée de ſes doua-re & aport mobiliaire, & prend ſeulement ſes héritages avec le legs univerſel.

Par l'*art.* 246, ſous le nom d'aport, ſont compris les dons de noces.

Et par l'*art.* 245, don de noces eſt ce que le futur durant ſes fiançailles, & auparavant ſes épouſailles, donne à ſa fiancée & future épouſe, ſoit en bagues, joyaux, vêtements & autres meubles.

Enfin, par l'*art.* 273, ſi en traitant le mariage, y avoit con-vention entre le mari & la femme, par laquelle ſoit convenu que la femme ſurvivante aura quelque part & portion des meu-bles, ou des héritages de ſon mari, ou autre convention de ce qu'elle doit avoir après le trépas de ſondit mari, ladite fem-me ſera tenue ſe régler à ladite convention, & n'aura aucun deſdits choix.

Voici préſentement le fait.

Demoiſelle Anne-Marguerite Martin, domiciliée à Laon, & le ſieur Nicolas Dallier, Conſeiller au Préſidial de Rheims, & y domicilié, contracterent mariage enſemble en 1697, en la ville de Laon, où le contrat de mariage fut paſſé.

Par le contrat les futurs ſtipulerent une communauté con-

formément à la Coutume de Laon, à laquelle ils ſe ſont ſoumis, dans laquelle communauté les futurs apporteront chacun la ſomme de 4000 livres, le ſurplus leur ſera propre, &c.

La future eſt douée de la ſomme de 300 livres de douaire préfix, ſoit qu'il y ait enfants, ou non, rachetable de 3000 livres.

Le ſurvivant deſdits futurs conjoints reprendra, ſavoir, ledit ſieur futur époux, en cas de prédécès de ladite Demoiſelle future épouſe, outre ſes habits, linges, livres, armes & chevaux, la ſomme de 1000 livres ſur les effets de ladite communauté, & ladite future épouſe ſurvivante reprendra par préciput, hors part, avec tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, pareille ſomme de 1000 livres.

Et encore une autre ſomme de 1000 livres pour ſa chambre garnie, en cas qu'elle accepte ladite communauté, à laquelle néanmoins elle, ou les ſiens, pourront renoncer, & en cas de renonciation, elle reprendra tout ce qu'elle y aura apporté, avec ſon douaire & préciput.

Les héritiers de laquelle auront pareil privilege, à l'exception des préciput, douaire & chambre garnie.

Immédiatement après le mariage, le ſieur Dallier amena ſon épouſe à Rheims, ſon domicile, où ils ont toujours continué de demeurer.

En 1704, le 9 Juin, le ſieur Dallier fit ſon teſtament olographe, daté à Rheims, qui contient la diſpoſition ſuivante.

Pour ce qui concerne mes biens, la tendre amitié que m'a toujours portée ma chere épouſe, & l'étroite union avec laquelle nous avons toujours vécu enſemble, m'oblige, par inclination & par reconnoiſſance d'uſer de la liberté que me donne la Coutume de Rheims ſous laquelle nous vivons, & pour l'aider à faire plus d'aumônes, ſuivant ſon inclination, & que je l'y exhorte, je lui donne & legue tous mes meubles & conquêts en propriété, & l'uſufruit de la maiſon où nous demeurons, au cas qu'elle veuille y faire ſa demeure; que ſi elle veut retourner à Laon, je laiſſe à mes héritiers tous mes propres, tant en propriété, qu'en uſufruit, y compris cette même maiſon.

Le ſieur Dallier décéda le 6 Février 1733; ſcellé fut auſſitôt appoſé ſur ſes effets. La Dame Dallier forma ſa demande au Bailliage de Rheims, en délivrance de legs. Cette demande

fut depuis renvoyée aux Requêtes du Palais, où il intervint Sentences par défaut, le 21 & 30 Juin 1733, adjudicatives des concluſions.

Appel de ces Sentences, de la part des héritiers du ſieur Dallier.

J'ai entre les mains une Conſultation que ces héritiers avoient faite à Paris dès le 5 Mai précédent, à quatre de nos Confreres. Ils diſcuterent parfaitement les différentes diſpoſitions de la Coutume de Rheims.

Après avoir obſervé que c'étoit cette Coutume qui devoit décider de la validité de la diſpoſition teſtamentaire, comme étant la Loi du domicile des conjoints & de la ſituation des biens, ils font conſiſter toute la difficulté dans la juſte interprétation de l'Article 273 de cette Coutume; parce que ſi la Dame Dallier ſe trouvoit être dans les termes de cet article, elle avoit conſommé tous les choix que la Coutume de Rheims accorde aux femmes ſurvivantes leurs maris: elle devoit s'en tenir aux conventions portées par ſon contrat de mariage, & n'étoit plus en état d'accepter le legs univerſel.

Delà ils paſſent à la queſtion de fait, & trouvent que les clauſes de ſon contrat de mariage ont fixé irrévocablement la Dame Dallier aux conventions & avantages y portés, ſans pouvoir plus choiſir le legs univerſel. 1°. Stipulation de communauté admiſe dans la Coutume de Laon; mais que celle de Rheims exclut. 2°. 4000 livres que les conjoints mettent chacun en communauté. 3°. 300 livres de douaire. 4°. Le ſurvivant des conjoints reprendra, ſavoir, le futur époux, outre ſes habits, linges, armes & chevaux, la ſomme de 1000 livres ſur les effets de la communauté, & la future par préciput, & hors part, avec tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, pareille ſomme de 1000 livres pour une chambre garnie, en cas qu'elle accepte la communauté; & en cas de renonciation, elle reprendra tout ce qu'elle y a apporté, avec ſes douaire & préciput.

Ainſi la Dame Dallier, en cas de renonciation, doit prendre, 1°. ſon aport mobilier que ne lui donne pas la Coutume de Laon. 2°. Elle s'eſt aſſurée un préciput que ne donne point encore la Coutume de Laon. 3°. Elle doit prendre ſon douaire.

Mais ſi la femme, en renonçant à la communauté, s'eſt réſervé ſon douaire, ſon aport & ſon préciput, elle ne peut plus

dès lors opter le legs univerſel, ſuivant l'*art.* 273, & elle doit ſe tenir à la convention de ſon contrat de mariage, parce qu'elle eſt réellement convenue de ce qu'elle doit avoir après le trépas de ſon mari.

Cette affaire me fut conſultée ſur la fin de Janvier 1734.

J'eſtimai d'abord, comme mes Confreres, que s'agiſſant d'un legs univerſel, de meubles, conquêts & propres ſitués à Rheims, où étoit le domicile des conjoints au jour du décès du ſieur Dallier, il ne falloit plus conſulter la Coutume de Laon, parce qu'en matiere de diſpoſitions teſtamentaires entre conjoints, c'étoit la Loi de la ſituation qui décidoit comme réelle en cette partie.

Delà paſſant aux diſpoſitions de la Coutume de Rheims, j'obſervai qu'encore que cette Coutume n'admît pas de communauté entre conjoints, *art.* 280, néanmoins elle admettoit la femme à partager les acquiſitions du mari auſſi-tôt après ſon décès, *art.* 240.

Que ſi la femme prédécédoit, ſes héritiers ne laiſſoient pas que d'avoir moitié en propriété dans les conquêts immeubles, l'uſufruit deſdits immeubles réſervé au mari ſurvivant, *art.* 265 & 277.

Que le même *art.* 240 donne à la femme le choix de trois choſes, ou de partir les effets acquis, ou de ſe tenir à ſes douaire & aport, ou de ſoi tenir à l'Ordonnance teſtamentaire de ſon mari.

Que la Coutume défere ces trois options avec prudence & ménagement : la veuve ne peut pas cumuler tout à la fois ces trois bénéfices; elle n'en peut pas même cumuler deux; elle doit ſe contenter de l'un des trois.

Qu'ainſi la Dame Dallier ne pouvoit pas partir contre les héritiers de ſon mari, & prendre encore le legs univerſel qu'il lui avoit fait.

Ce qui me donna occaſion de remarquer que juſques alors la Dame Dallier n'avoit fait aucune renonciation à la communauté; que cependant par ſon contrat de mariage paſſé à Laon, elle étoit de convention expreſſe, commune avec ſon mari; que faute de renonciation à la communauté, on ne pouvoit la regarder que comme commune; qu'elle portoit cette qualité perſonnelle en la Coutume de Rheims & dans quelque Coutume que ce fût; qu'ainſi en l'état où étoit l'affaire, il lui étoit

impoſſible de réuſſir dans la prétention de légataire univerſelle ; qu'on ne lui avoit pas donné le conſeil à Rheims de renoncer à la communauté, parce que pareilles renonciations n'étoient peut-être pas en uſage, eu égard à la diſpoſition de cette Coutume ; mais que dans l'eſpece de la conteſtation, la renonciation étoit indiſpenſable, & que juſqu'à ce, il y avoit une fin de non-recevoir contre elle inſurmontable ; parce que, faute de renonciation, elle ſeroit, & commune, & légataire univerſelle, deux qualités incompatibles dans la Coutume de Rheims ; qu'ainſi mon avis étoit qu'elle fît inceſſamment cette renonciation, & qu'elle ſe donnât bien de garde de laiſſer juger l'appel ſans l'avoir faite : elle déféra à mon avis, & le 20 du mois de Février 1734, elle renonça à la communauté par acte paſſé pardevant Lefils Notaire à Rheims.

Delà je tombai ſur l'Article 273 de cette Coutume, & j'obſervai que tout le point de la difficulté étoit de ſavoir ſi dans le contrat de mariage de la Dame Dallier, il y avoit une convention ſuffiſante pour l'exclure de l'un des trois choix qui lui étoient accordés.

Les Avocats qui avoient été conſultés, étoient de l'avis de l'affirmative ; mais je penſai autrement, & voici l'extrait de mes raiſonnements.

J'obſervai, 1°. qu'à la vérité, la Dame Dallier étoit commune par ſon contrat de mariage ; mais elle a de droit général, & même de droit conventionnel, la liberté de renoncer, & par conſéquent elle peut partir, ou ne pas partir.

2°. En renonçant & ne partant pas, elle peut encore, ſuivant ſon contrat de mariage, reprendre tout ce qu'elle aura apporté en dot, avec ſon douaire ; mais dans la Coutume de Rheims, ne peut-elle pas pareillement ſe tenir à ſon aport & à ſon douaire ? Cette faculté ne lui ôte pas le droit d'opter de s'en tenir à l'Ordonnance de ſon mari.

Reſte donc à examiner ſi dans le cas de renonciation à la communauté, ayant été ſtipulé que la veuve, outre ſon aport, pourroit prendre ſon préciput, cette convention peut former une déchéance du droit de ſe tenir à l'un des trois choix.

Quel eſt le préciput de la veuve ? C'eſt de reprendre tous ſes habits, linges, bagues & joyaux, & la ſomme de 1000 livres. Cela ſe termine là : car la chambre garnie ne lui eſt accordée

que

que dans le cas d'acceptation de communauté. Cette chambre garnie eſt diſtinguée du préciput.

Voyons donc ſi la convention de ce préciput tient lieu de la convention requiſe par l'*art.* 273, pour être déchu des trois choix. J'obſerverai que par la diſpoſition des Articles 245 & 246 de la Coutume de Rheims, les préſents de noces étoient compris ſous le nom d'aport; en ſorte que les habits, linges, hardes, bagues & joyaux que la veuve avoit à reprendre, étant compris ſous le nom d'aport, cette convention ne formoit pas de déchéance.

Il ne pouvoit donc y avoir que les 1000 livres qu'elle avoit droit de reprendre, qui pouvoient opérer une déchéance; mais je crus que cette ſomme modique devoit être regardée comme un ſurcroît de bagues & joyaux, & par conſéquent comme préſent de noces qui n'empêchoit pas l'option du legs univerſel, & j'eſtimai qu'une ſomme ſi modique ne pouvoit pas être regardée comme une convention telle que celle requiſe par l'*art.* 273.

Ainſi mon avis fut que la veuve faiſant la renonciation que je lui indiquois, étoit bien fondée à ſe dire légataire univerſelle de ſon mari, *& ſic judicatum*, par Arrêt du 7 Mai 1735, en la Grand'Chambre, au rapport de M. l'Abbé Lorenchet, M. Rolland de Challerange, lors Avocat des Parties, & aujourd'hui Conſeiller de la Cour, & M. Mopinot, firent de très-bons Mémoires dans cette affaire.

Ainſi cet Arrêt, ſelon moi, juge ſeulement que la convention du contrat de mariage de la Dame Dallier, ne formoit pas de déchéance, & n'étoit pas de la nature de celle requiſe par l'*art.* 273.

Dans cette même affaire on oppoſoit à la Dame Dallier un Arrêt du 30 Août 1717, rendu contre la nommée Carangeot, veuve Nicolas Caiſſe. C'étoit une ſervante que ſon maître avoit épouſée: elle n'avoit environ que 150 livres de nippes & d'habits, & ſon mari lui avoit aſſuré une ſomme de 1540 livres, avec quantité de meubles, & une habitation ſa vie durant, & enſuite il étoit dit par le contrat de mariage « tout ce que deſ-
» ſus ſtipulé, & accepté par la Dame Carengeot, qui, au moyen
» des avantages à elle faits par le préſent acte, a quitté & re-
» noncé, quitte & renonce par ces préſentes, au douaire qu'elle

» pourroit avoir & prétendre aux acquiſitions que ledit Caiſſe » pourroit faire pendant le mariage. »

Peut-on comparer cette clauſe avec celle du contrat de mariage de la Dame Dallier? Auſſi M. Lorenchet, Rapporteur dans cette affaire auſſi-bien que dans celle de la Dame Dallier, ne fut-il aucunement touché de cet Arrêt, & la Cour en fit parfaitement la différence.

On citoit encore une Sentence, du 16 Août 1730, rendue par le Bailli du Duché de Rheims, ſeul Juge dans ſa Juriſdiction, qui déclare la veuve Joſſeteau non-recevable en ſa demande en délivrance de legs faits par ſon mari : l'un & l'autre étoient domiciliés à Rheims, leur contrat y avoit été paſſé en 1721. Voici la clauſe de leur contrat. » Au par-deſſus de quoi au » cas que la Demoiſelle future ſurvive ledit ſieur Joſſeteau, il » lui donne & legue en faveur de mariage, tous les meubles » meublants qu'il aura au jour de ſon décès, pour appartenir à » la Dame future épouſe en pleine propriété.

Joſſeteau fit en 1729, un teſtament par lequel il inſtitua ſa femme légataire univerſelle : les héritiers conteſterent la délivrance; le premier Juge décida en leur faveur; mais ſur l'appel y ayant eu des concluſions de M. le Procureur-Général, pour infirmer la Sentence, les Parties s'accommoderent, & la délivrance fut conſentie.

Il étoit facile de voir que la clauſe du contrat de mariage de Joſſeteau, n'avoit rien de ſemblable à celle du contrat du ſieur Dallier, & que les héritiers Joſſeteau pouvoient perdre, ſans aucune conſéquence, ni induction contre la prétention de la veuve Dallier.

C'eſt encore par la raiſon ſeule de la réalité que je me ſuis déterminé dans l'eſpece ſuivante.

On ſait que la Coutume de Paris, *art.* 283, permet au conjoint de donner aux enfants de ſon conjoint, lorſqu'à ſon égard il n'a point d'enfants, ni de ſon mariage, ni d'un précédent.

Cet article a été regardé comme contenant une diſpoſition ſinguliere & contraire aux regles. C'eſt pourquoi, par Arrêt du mois de Février 1729, rendu ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général d'Agueſſeau, depuis Chancelier de France, il a été décidé que cette diſpoſition ne pouvoit avoir lieu dans la

Coutume de Senlis, & il a été ordonné que l'Arrêt ſeroit lu & publié.

*His poſitis*, un homme domicilié à Paris ou ailleurs, a des biens à Paris, & il en a à Senlis; il n'a point d'enfants de ſon mariage, ni d'aucun autre; mais il a épouſé une veuve qui en a d'un premier lit: il eſt bien ſenſible que cet homme n'ayant ni enfants communs, ni d'aucun lit précédent, pourra donner les biens de Paris aux enfants nés d'un premier mariage de ſa ſeconde femme; mais il ne pourra pas leur donner ceux ſitués à Senlis, & cela parce que le Statut qui permet ou défend de donner, eſt un Statut réel, & qu'il faut ſuivre par rapport à chaque bien la Loi de la ſituation.

Cependant ſi le ſyſtême de la convention préſumée devoit être admis, il faudroit décider dans cette eſpece que les conjoints mariés à Paris, étoient tacitement convenus de ſe pouvoir donner conformément à cette Coutume, ce qui n'a point été ſuivi par l'Arrêt de réglement.

De tout ce que nous venons de dire, il réſulte que par rapport aux donations, ſoit entre-vifs, ſoit teſtamentaires, ou ayant trait à la mort, il faut toujours ſuivre la Loi de la ſituation; ſavoir, par rapport aux donations entre-vifs, celles au jour même de la donation, & par rapport aux autres, celles au moment du décès du donateur.

D'où il ſuit que des conjoints ne peuvent pas en conſcience éluder par des voies indirectes, les Loix qui doivent régir ces donations, & qu'ils doivent s'y conformer, parce que nos poſſeſſions ne ſont juſtes, qu'autant qu'elles ſont autoriſées des Loix: l'on peut conſulter là-deſſus les cas de conſcience de M. de Sainte-Beuve.

Ç'a été pour prévenir toutes les fraudes qui ont coutume de ſe pratiquer principalement entre conjoints en cette matiere, que la Cour a ordonné par ſes Arrêts des affirmations très-étendues, & qui coupent la racine à tous ſubterfuges.

Par un Arrêt du 11 Février 1716, rendu dans la ſucceſſion de Charles Surat, il a été jugé que ledit Surat ayant fait un legs univerſel au profit du ſieur Soucanie, Prêtre, Chanoine de Nelle, il auroit délivrance de ſon legs en affirmant à l'Audience que lorſqu'il a accepté le legs univerſel, il l'a accepté pour lui, & n'avoit pas intention de le reſtituer à la veuve du

teſtateur, & n'a point intention pour le préſent de le remettre à ladite veuve en tout ou partie.

Par un autre Arrêt précédent, rapporté au Recueil de Juriſprudence de M. du Rouſſeaud de la Combe, il a été jugé que le légataire univerſel, légataire de ſa belle-ſœur, ſeroit tenu d'affirmer en perſonne & à l'Audience, que directement, ni indirectement, il ne prête ſon nom au mari, même qu'il ne prêtera pas ſon nom, ni qu'il n'acceptera ledit legs pour le remettre directement, ni indirectement en tout, ou partie d'icelui, en quelque maniere que ce puiſſe être, au mari, par Arrêt du 24 Janvier 1716, confirmatif d'une Sentence des Requêtes du Palais, du 20 Septembre 1715, ſur les concluſions de M. de la Moignon, lors Avocat-Général, & à préſent Chancelier de France.

Rodenburgh paſſe au *nombre* 5 de ce *Chapitre*, dont nous avons remis l'examen en la préſente Obſervation, à une autre queſtion. Les défenſes de nos Coutumes faites aux conjoints de s'avantager, ſont toujours préſumées reſtreintes aux biens ſitués dans les Coutumes qui font la prohibition ; mais notre Auteur demande ce qu'il faudroit penſer pour le cas où la Coutume du domicile feroit des défenſes aux conjoints de s'avantager de quelques biens que ce puiſſe être, & en quelque endroit qu'ils fuſſent ſitués, & il eſtime que cette diſpoſition ne pourroit pas donner atteinte à une donation de biens ſitués dans des Coutumes contraires, parce qu'une Coutume ne ſauroit faire Loi à une autre Coutume ; mais il ajoute que comme la Loi du domicile eſt en droit de commander à ſon domicilié, & de lui défendre certains actes, & que ce commandement engendre une action perſonnelle contre lui, lorſqu'il y a contrevenu, le ſurvivant, en recueillant le bénéfice de la donation, ſera tenu par action perſonnelle, des dommages & intérêts envers les héritiers du prédécédé ; parce que, dit-il, la maxime de tous nos Auteurs eſt que la Loi du domicile affecte la perſonne domiciliée, même par rapport aux biens qui ſont ſitués ailleurs, quand la Loi y eſt préciſe, & il renvoie à Grivelle *deciſ.* 104, *n.* 45 *&* 46.

Pontanus ſur l'Article 174, §. 13 des Donations de la Coutume de Blois, qui porte, « que homme & femme conjoints

» par mariage, ne peuvent ſe donner, par teſtament, aucune » choſe, » agite la queſtion par rapport aux biens qui ſont ſitués ailleurs, & il la décide de la maniere ſuivante. *Diſpoſitio ſiquidem conſuetudinis quâ aliquid abſolute prohibetur, ad omnes pertinet qui huic provinciæ in qua illa viget, ſubditi ſunt. Conſuetudo enim ſuum perpetuo civem ligat, ubivis locorum ;* & il compare cette défenſe particuliere à celle qui réſulte de l'interdiction de biens prononcée contre un ſujet. *Quemadmodum in ſimili, interdictio bonorum alicui à judice indicta, ubique vires habet, & ita prodigum ligat, ut nuſquam locorum qui etiam extra ſuum ſunt territorium, contrahere, vendere, aut quicquam agere poſſit.*

Rodenburgh & Pontanus ſemblent ſe contrarier : car le premier déclare la donation valable ; l'autre la déclare invalide : le premier défere à la Loi de la ſituation ; le ſecond défere à la Loi du domicile : mais quoique différents dans leurs déciſions, ils ſe réuniſſent néanmoins : car Rodenburgh eſtimant que la Loi du domicile donne une action perſonnelle contre le donataire, pour indemniſer les héritiers du prédécédé, c'eſt retomber dans l'avis du ſecond, qui eſtime que la donation ne peut ſubſiſter, & elle ne ſubſiſte pas réellement dès que le donataire ne ſauroit profiter de la choſe, qu'autant qu'il en paie la valeur.

Delà il ſuit que, ſelon nos Auteurs, la Loi du domicile commande tellement aux perſonnes, que les perſonnes doivent s'y ſoumettre, même pour les biens ſitués hors le territoire, quand la Loi s'en explique préciſément.

Cette queſtion me paroît très-importante : car, d'un côté, l'on ne ſauroit raiſonnablement diſconvenir que la Coutume du domicile a droit de commander aux domiciliés, & qu'ils tombent dans la déſobéiſſance, quand ils contreviennent ; ce qui produit une action contre eux. Mais, d'un autre côté, c'eſt un principe inconteſtable que les biens ſont régis par la Coutume de leur ſituation ; qu'une Coutume n'a pas droit de diriger des biens qui ne ſont pas dans ſon territoire ; d'où on peut conclure que la prohibition qu'elle fait à l'égard de ces biens qui ſont hors de ſon territoire, eſt comme non faite & non écrite.

Nous avons, à la vérité, quelques Coutumes dans le Royaume, qui ont égard aux biens qui ſont ſitués ailleurs, pour s'ar-

ranger ſur la permiſſion qu'elles donnent de diſpoſer des biens qui leur ſont ſoumis. Telle eſt la Coutume de Tours, *art.* 238, qui, pour régler ce qui doit entrer dans les donations, a égard aux propres régis par d'autres Coutumes, dans la ſubrogation qu'elle établit des acquêts aux propres. Telle eſt encore la Coutume d'Artois, en *l'article* 187, qui veut que les héritiers mobiliers, & ceux des acquêts, cateux, ou autres biens diſponibles, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, ſoient capables des dettes, & tenus de s'en acquitter l'un l'autre par égale portion.

M. Maillard, dernier Commentateur de la Coutume d'Artois, obſerve fort judicieuſement qu'à l'égard de la Coutume de Tours, elle conſidere, à la vérité, les biens ſitués dans d'autres Coutumes, pour régler ſes diſpoſitions; mais qu'elle ne fait pas de Loi aux biens ſitués dans ces autres Coutumes; & qu'à l'égard de la Coutume d'Artois, elle ne fait Loi qu'à l'héritier qui recueille des biens dans ſon territoire, & qu'à raiſon de ce, elle le charge des dettes; qu'ainſi la charge tombe ſur la perſonne, & acceſſoirement ſur les biens.

Mais je ne connois aucunes Coutumes dans le Royaume, qui diſpoſent nommément & directement des biens qui ne leur ſont pas ſoumis.

Dans le Comté de Flandres, la Coutume de Gand, *rub.* 25, *art.* 1, ſemble avoir diſpoſé des biens ſitués ailleurs : en voici les termes. « Après le décès de l'un des deux conjoints, le ſurvivant a ſa vie durant, pour ſon douaire coutumier, la moitié des revenus annuels, des fiefs, des héritages & des rentes réaliſées rachetables du défunt, provenus du côté du premier décédé, & dont il eſt décédé propriétaire, en quelques endroits qu'ils ſoient aſſis & ſitués, nonobſtant aucune Coutume locale au contraire.

Cela préſuppoſé, que faut-il décider par rapport aux Coutumes du domicile, qui ſemblent avoir diſpoſé des biens ſitués ailleurs ?

Burgundus parle de la queſtion de notre Auteur, *ad conſuetudines Flandriæ*, en quatre endroits.

*Tract.* 1, *n.* 29 *& ſuivants*, il ſuppoſe que la Coutume du domicile défend à la femme d'aliéner ſes biens en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, ſans le conſentement de ſon mari. Il convient qu'une pareille prohibition empêche que l'on puiſſe

agir contre la femme par action perſonnelle, pour l'obliger de faire la tradition de la choſe vendue, & ſituée ſous une Loi qui lui permet d'en diſpoſer, ni pour l'obliger à aucune garantie; mais il dit que ſi la femme a fait tradition de la choſe, cette tradition ne pourra être rétractée.

Cependant, ajoute-t-il, dans le cas même de tradition, la prohibition de la Coutume ne ſera pas toujours ſans effet; & Burgundus dit que ſi l'acquéreur a connu la prohibition, la tradition ne pourra pas ſubſiſter à cauſe du dol, & ſi au contraire il l'a ignorée, elle tiendra.

Au même Traité, *n.* 46, il demande de quelle nature eſt le Statut, qui porte, que chacun pourra diſpoſer, par teſtament, du tiers de ſes biens; s'il eſt réel, perſonnel, ou mixte; & après avoir dit qu'il eſt mixte, parce que ce Statut renferme les meubles, comme les immeubles, il décide que le Statut n'agit que ſur les immeubles qui ſont ſoumis à ſon autorité, & que l'on ne peut pas même préſumer que le Légiſlateur ait voulu diſpoſer de biens qui ne dépendent pas de lui : ce qui eſt vrai, dit-il, encore même que le Statut comprît dans ſa diſpoſition les biens ſitués ailleurs. *Si conſuetudo exprimatur his verbis, de rebus ubicumque ſitis.* Mais que ſi le teſtateur a diſpoſé par teſtament d'un bien ſitué dans un lieu où il n'eſt pas permis d'en diſpoſer, ſa diſpoſition, quant aux biens, ne pourra être exécutée, mais que le légataire *actione perſonali compellet hæredem ut ipſe eligat, ſive rerum partes, ſive æſtimationem dare maluerit, ita tamen ut ex vi clauſulæ perſonalis, ipſa æſtimatio ſola maneat in obligatione, licet rerum partes in ſolutionem veniant.*

Au même Traité, *n.* 48, après avoir demandé ſi le Statut qui a lieu à Courtray, & qui porte, que le fils puîné pourra faire part pour un tiers dans les Fiefs, en abandonnant la part qu'il pourroit prétendre dans les rotures, eſt réel, ou perſonnel, & ſi ce fils puîné ſeroit tenu, pour profiter des fiefs, d'abandonner les rotures ſituées hors la Seigneurie de Courtray; & après avoir répondu pour la négative, en décidant que le Statut eſt réel, il demande ce qu'il faudroit décider, ſuppoſé que le Statut voulût que le puîné abandonnât les rotures, en quelque endroit qu'elles fuſſent ſituées; & dans cette eſpece particuliere, il décide qu'il ſera tenu de les abandonner toutes, non pas que le Statut faſſe la Loi à ces biens étrangers; mais

dans ce cas elle ne donne tiers dans les Fiefs, que ſous cette condition à laquelle il faut obéir.

Enfin au *n.* 52 du même titre, il agite la queſtion de ſavoir de quelle nature eſt le Statut qui défere au ſurvivant un gain de ſurvie dans les fonds; & après avoir dit que le gain qui conſiſte en uſufruit, eſt réel, il demande ce qu'il faut décider dans le cas où la Loi le donne, *de rebus ubicumque ſitis, nonobſtante ſtatuto locali in contrarium;* & il décide toujours que cette Loi n'affecte pas les biens étrangers; mais que de cette Loi il en naît une action perſonnelle, *quæ ad dandum vel faciendum ex natura ſua dirigitur*, & qui eſt à la charge de ceux qui doivent les dettes perſonnelles.

Quant à moi, voici ce que j'eſtime par rapport à ces Loix qui comprennent, dans leur diſpoſition, les biens ſitués ailleurs.

Il faut convenir que nos Auteurs ont effectivement décidé que les Légiſlateurs pouvoient faire des Loix, même pour des biens ſitués ailleurs, qui obligeaſſent les domiciliés; quand ces Légiſlateurs l'ont dit expreſſément, *quando expreſſe ſtatuentes dixerunt*, & principalement quand ils défendent.

Ils conviennent qu'à la vérité, les Loix ne peuvent pas, de droit ordinaire, commander à des biens qui ne leur ſont pas ſoumis; mais, ſelon ces Auteurs, quand elles défendent quelque acte concernant des biens ſitués ailleurs, elles commandent moins aux biens, qu'aux perſonnes. Grivelle, cité par notre Auteur, le dit expreſſément, & renvoie à Tiraqueau qui, de ſa part, s'appuie ſur pluſieurs autorités; & il y a le *Conſeil* 41, *liv.* 5, d'Alexandre, qui eſt pour ce parti; mais j'ai de la peine à adopter cette déciſion, & je ſerois porté à croire que ces ſortes de diſpoſitions prohibitives n'ont ni force, ni exécution, & doivent y être regardées comme non écrites; en ſorte que la donation faite entre conjoints domiciliés en Coutumes prohibitives, de ſe donner même les biens ſitués ailleurs, ſeroit valable quant aux biens ſitués en Coutumes qui autoriſeroient cette donation, & ce, ſans que le ſurvivant fût tenu d'aucune récompenſe, ni d'aucune indemnité, parce que les conjoints n'ont fait que ce que la Loi de la ſituation leur permettoit, & que la Loi du domicile n'avoit point d'autorité ſur ces biens, ſi ce n'eſt que la prohibition faite aux conjoints, fût fondée ſur un motif perſonnel, clairement & nettement exprimé

primé par la Loi du domicile, auquel cas cette Loi étant perſonnelle, & affectant la perſonne par état, la donation ſeroit nulle par l'incapacité de la perſonne.

On convient que la Loi du domicile a droit de commander & de défendre aux domiciliés; mais cela eſt vrai, 1°. par rapport aux biens qui ſont ſoumis à ſa Juriſdiction. 2°. Cela eſt encore vrai, quand la Loi met dans la perſonne une incapacité d'état & de condition, ou qu'elle commande directement aux perſonnes, par un motif pur perſonnel; cette Loi s'étend, en ce cas, ſur tous les biens, *ſecundariò & per conſequentiam*; mais je ne crois pas que la maxime ſoit vraie, quant à des biens ſitués ailleurs, lorſque la Loi ne met dans la perſonne qu'une incapacité particuliere & pure réelle, qui n'a pour objet que les biens, & c'eſt dans ce cas que je crois, avec pluſieurs de nos Auteurs, que le Légiſlateur eſt ſans droit, ni Juriſdiction. Je conçois encore qu'une Loi peut défendre à ſes domiciliés, par forme de police, de faire certains actes au dehors, comme de ſortir de la ville certains jours, à certaines heures, d'aller hors l'étendue de la Juriſdiction, pour s'y réjouir & y conſommer du vin, de paſſer hors la Juriſdiction des actes entre eux, parce que toutes ces défenſes peuvent intéreſſer le Légiſlateur. La police du lieu, l'adminiſtration des ſubſides & des impôts, peuvent être la ſource de pareilles défenſes; mais le Légiſlateur n'a nul intérêt dans des biens qui ne lui ſont pas ſoumis. C'eſt l'avis de Giurba, *ad jus Meſſanenſe*, cap. 6, gl. 8, n. 6, *quod ſi admittimus intellexiſſe ſtatuentes etiam de bonis ſitis extra eorum territorium, dicendum tamen adhuc eſt bona illa non comprehendi, deffectu poteſtatis ipſorum ſtatuentium qui autoritatem non haberent ſtatuendi aliquid de eis.*

Ainſi ſi le Statut qui diſpoſe des biens & qui étend nommément ſa diſpoſition ſur les biens ſitués ailleurs, n'en diſpoſe qu'en conſéquence de l'état de la perſonne, & par la ſuite de cet état, je dis que la Loi diſpoſe moins des biens, qu'elle ne diſpoſe des perſonnes, & qu'en énonçant ces biens, elle ne fait qu'exprimer l'effet du Statut perſonnel qui agit par-tout, par la ſuite & la conſéquence de l'état de la perſonne, & cela eſt vrai, ſoit que le Statut ſoit prohibitif, ſoit qu'il ſoit permiſſif. Par exemple, ſi la Loi du domicile défend à une femme de vendre, aliéner & diſpoſer de ſes biens, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, ſans l'autoriſation de ſon mari, ou ſi la

Loi permet à un majeur, en tant que majeur, de disposer de ses biens, même de ceux situés ailleurs, dans ce cas la Loi ne fait que marquer ce que l'homme peut, ou ne peut pas, par la suite & la conséquence de son état, & le majeur pourra disposer par-tout où il n'y aura pas de prohibition particuliere & réelle.

Ainsi je dirai volontiers avec Burgundus & avec Rodenburgh, que les Loix ne peuvent agir sur des biens situés hors l'étendue de leur domination, & je l'entendrai d'une action directe & premiere sur les biens, & indépendante de l'état de la personne, & non point d'une action seconde & réfléchie qui n'agit que par suite & par conséquence de l'état de la personne : car dans ce dernier cas, qui est le premier exemple proposé par Burgundus, *tract.* 1, *n.* 29, la Loi n'agit sur les biens, qu'à cause de l'état de la personne qui est sous la puissance de son mari : elle frappe directement sur les personnes qu'elle affecte, & qui étant affectées d'une certaine habitude personnelle, peuvent, ou ne peuvent disposer de leurs biens, en quelque endroit qu'ils soient situés, que conformément à l'état de leurs personnes.

Delà il suit qu'il ne faut pas distinguer, comme fait Burgundus, si l'acquéreur a su, ou n'a pas su la prohibition de la Loi du domicile, l'acte est nul en soi dans l'un & l'autre cas; mais sa distinction est la suite du système général de cet Auteur.

Mais si la Loi du domicile, qui comprend les biens même situés ailleurs, est une Loi pure réelle, ou cette Loi est permissive, ou elle est prohibitive. Au premier cas, en présupposant que l'homme est capable par état, & n'est pas gêné dans l'exercice des actes de son état, je dis que la disposition de la Loi doit être modelée sur la Loi de la situation des biens, parce que le Statut étant pur réel, doit être renfermé dans son territoire, & que la Loi d'un lieu ne peut commander à des biens situés dans un autre; que si au contraire la Loi du domicile est prohibitive de disposer d'une certaine nature de biens, & au profit de certaines personnes, des biens même situés ailleurs, telle qu'est la Loi qui défend aux conjoints de se donner, & que ces conjoints aient des biens situés en Coutumes qui le permettent, & que réellement ils en aient disposé; c'est dans cette espece que Rodenburgh estime que l'on pourra obli-

ger le conjoint ſoumis au Statut du domicile d'y obéir, ou le contraindre de faire raiſon du tort que le défaut d'obéiſſance cauſe à un tiers ; mais j'ai peine à me rendre à cette déciſion, par les raiſons ci-deſſus expliquées ; & je crois penſer en cela, comme Me Ch. du Molin, *C. de Statutis :* car en parlant du gain que la Loi donne au mari ſur la dot de ſa femme, & qu'il dit appartenir au mari, conformément à la Loi du domicile matrimonial, en quelques lieux que les biens dotaux mobiliers, ou immobiliers ſoient ſitués, & ce, *in vim taciti pacti,* il dit que ſi la Loi matrimoniale étoit prohibitive de ces gains & de toutes pactions contraires, cette Loi n'auroit pas lieu *ultra fines ſui territorii*, & il les auroit ailleurs, ſi ce n'eſt, ajoute-t-il, qu'il fût convenu expreſſément qu'il ne les auroit pas. *Si ſtatutum eſſet abſolutum & prohibitorium, nonobſtantibus pactis factis in contrarium, tunc non haberet locum ultra fines ſui territorii, niſi expreſſe de tali lucro conventum fuiſſet.*

D'où je conclus que Me Ch. du Molin a penſé que la Loi du domicile, prohibitive d'un avantage que donneroit la Loi de la ſituation, n'empêche pas que la convention du contraire ait lieu ſur des biens ſitués ailleurs, à moins que les Parties n'aient embraſſé expreſſément, par convention, la prohibition légale du domicile ; c'eſt-à-dire, à moins qu'elles n'aient exclu nommément tous avantages que pourroient faire les Coutumes de la ſituation.

Donc la Loi du domicile matrimonial ne peut défendre à ſes domiciliés, contre les Loix de la ſituation, & la défenſe n'a lieu, qu'autant que, par convention, les Parties ſe ſoumettent à cette défenſe.

Ce que nous venons de dire eſt par rapport aux Loix qui exigent le miniſtere de l'homme ; mais quand il s'agit de Loix qui diſpoſent ſeules, ſans que le miniſtere de l'homme y ſoit néceſſaire, & qu'elles diſpoſent des biens ſitués ailleurs, par exemple, la Loi donne pour gains de ſurvie, au ſurvivant des conjoints, certaine nature de biens du prédécédé, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués ; pour lors l'homme qui ne concourt pas avec la Loi, mais qui reçoit tout de la Loi, ne peut recevoir que ce que la Loi a droit de lui donner, & la Loi excede certainement ſon pouvoir, quand elle donne des biens qui ne ſont pas ſitués dans ſon territoire. Voyez *l'Obſervation* 38 ; & c'eſt pour ce cas, où je ne puis dire avec Burgundus & avec

mon Auteur, qu'il naît une action personnelle, *quæ ad dandum, vel faciendum ex natura sua dirigitur;* & il ne faut pas imaginer un pacte tacite, *in vim taciti pacti :* car s'il y a lieu de feindre un pacte, c'est plutôt en faveur des différentes Loix de la situation, qu'en faveur de la Loi seule du domicile matrimonial qui n'a aucun droit sur les biens.

J'ai observé ci-devant que la Coutume de Gand donne au survivant des conjoints, droit de douaire coutumier sur certaine nature de biens, en quelque endroit qu'ils soient situés, & nonobstant aucune Coutume locale au contraire.

J'estime que cette disposition ne pourroit s'étendre sur des biens situés hors son territoire, & ce que je dis présentement auroit lieu, soit que ces Coutumes du dehors fussent non-seulement prohibitives négatives, ou simplement négatives, mais encore si elles sont muettes, parce qu'aucune Loi ne sauroit commander à des biens qui ne lui sont pas soumis.

Ce que l'on pourroit dire en faveur de la Coutume de Gand, est qu'elle ne commande que dans l'étendue de son district & territoire, sur de simples Coutumes locales qui en sont dépendantes ; qu'elle a droit de commander dans ces Coutumes particulieres, dont elle n'a admis les dispositions locales, que sous les exceptions & les modifications prescrites par la Coutume générale ; mais c'est une discussion qui peut être utile aux gens de la Nation, & je me renferme dans les principes, qui sont, qu'une Coutume ne sauroit donner sur une autre Coutume des droits réels, telle qu'est une jouissance sur certains biens.

Par la Coutume de Bruges, l'héritier qui prend les fiefs, ne doit pas, à raison de ce, plus de dettes que les autres héritiers, en quelque endroit que les biens d'ailleurs fussent situés : les habitants de Bruges prétendoient que cette disposition de leur Coutume devoit avoir lieu indistinctement, & par-tout ailleurs ; mais Christin. en ses décis. *vol.* 1, *decis.* 287, rapporte plusieurs Arrêts au contraire, parce que, *Statuta extra territorium sese non extendunt....* Et voici ce qu'il ajoute ensuite par rapport à une autre prétention des mêmes habitants, au sujet du partage des biens d'une succession, *ac proinde etiam cùm in eadem civitate Brugensi omnia bona immobilia civium ibidem decedentium dividantur inter heredes paternos & maternos æqualiter, & uti aurum, & argentum in arca, nec sequantur lineam exceptis feudis, nullo habito respectu ad consuetudi-*

*nes locorum, ubi bona ſita ſunt ..... & intellexerint debere habere locum etiam quoad bona ſita in aliis Provinciis, aliter tamen judicatum fuit an.* 1598 *& an.* 1601.

Enfin il y a des Coutumes qui donnent de leur autorité certains avantages, & qui en donnant ainſi, enviſagent les biens ſitués ailleurs : par exemple, les Coutumes qui permettent de diſpoſer de tous ſes acquêts, quand on a des propres; celle de Coutray, dont parle Burgundus, qui permet au puîné de prendre part pour un tiers dans les fiefs, en abandonnant la part qu'il pourroit prétendre dans les rotures, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués.

Dans ces Coutumes les biens ſitués ailleurs ne ſont proprement que des conditions; la Loi n'offre les avantages qu'elle donne qu'en cas que l'on ait des biens ailleurs de la qualité dont elle les exige, ou que l'on renonce aux biens ſitués ailleurs : en ce cas il n'y a pas de doute que la Loi peut impoſer des conditions en vue des biens étrangers, non pas qu'elle leur commande directement; mais elle commande ſeulement aux perſonnes à qui elle permet certaines choſes, ou accorde certains avantages ſous des conditions qu'elle eſt la maîtreſſe d'impoſer, & en cela je me range du parti de Burgundus, *inde tamen dicere non licebit bona alterius territorii Statuto affici, ſed potius in conditione poni.*

S'il ſe trouvoit que la condition appoſée ne pût pas être exécutée par rapport aux biens ſitués ailleurs, c'eſt pour lors, comme dit Burgundus, qu'il eſt dû une indemnité. C'eſt pourquoi, par rapport au Statut de Courtray, le fils puîné eſt tenu d'abandonner, *univerſa paganica quorum facultatem habet, & ſi non habet, æſtimationem præſtet.*

Je trouve dans la Coutume de Poitou, une diſpoſition dont je puis faire ici une application.

Par l'*art.* 208 de cette Coutume, ſi le pere & la mere ayant peu d'héritages, ont fait donation de tous leurs meubles & acquêts à l'un de leurs enfants, ou leurs repréſentants, les autres enfants, nonobſtant ladite donation, ont le choix de prendre le tiers de tous les immeubles, tant propres, qu'acquêts, ou de ſe tenir aux deux tiers de l'héritage ancien à eux délaiſſé.

Ces termes *peu d'héritages* de l'*art.* 208 de la Coutume de Poitou, s'entendent reſpectivement à la valeur des immeubles acquêts; en ſorte que dans cette Coutume, il y a peu d'héri-

tages, & par conſéquent il y a lieu au choix accordé aux enfants non-donataires, lorſque la valeur telle qu'elle ſoit des acquêts, ſurpaſſe celle des propres, y compris même les propres fictifs, lorſqu'ils ſont tels au profit des contractants & des leurs d'eſtoc & ligne. V. acte de notoriété du 28 Février 1681.

On peut ſur cet article demander ſi les héritages ſitués ailleurs qu'en Poitou, doivent entrer dans la maſſe qu'il faut faire des héritages pour en connoître la valeur, & ſavoir s'il y a lieu au choix & option accordé par ledit article aux enfants non-donataires.

On a décidé dans cette Coutume, comme je vais l'obſerver dans l'inſtant, qu'il n'étoit pas néceſſaire pour diſpoſer des acquêts du Poitou, que les propres y fuſſent ſitués; qu'il ſuffiſoit qu'ils fuſſent ſitués ailleurs.

Delà il paroît conſéquent de dire que tant qu'il y aura des propres dans la ſucceſſion, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, de valeur des acquêts, l'enfant donataire des acquêts ne ſauroit être chargé envers ſes freres non-donataires de l'option de l'*art.* 208 de cette Coutume.

La raiſon en eſt que la Coutume de Poitou, dans la permiſſion premiere & générale qu'elle accorde de diſpoſer des acquêts lorſqu'il y a des propres, ayant enviſagé les propres ſitués hors la Coutume, il eſt conſéquent qu'elle les a pareillement enviſagés, lorſque dans une permiſſion reſtreinte & limitée, elle a accordé aux enfants non-donataires le choix porté par l'*art.* 208.

En effet l'eſprit général de cette Coutume eſt que les acquêts ſoient de libre diſpoſition en fait de donation entre-vifs ou teſtamentaire, lorſque le donateur ou le teſtateur a des propres, ſans conſidérer s'ils ſont de grande ou petite valeur, ni même la Coutume où ils peuvent être ſitués.

Mais elle a enviſagé que dans la directe il pourroit y avoir une trop grande diſproportion entre les enfants, dont les uns pourroient être donataires des meubles & acquêts conſidérables pendant que les autres auroient très-peu de choſe, n'y ayant que très-peu de propres.

Elle a donc voulu pour prévenir cette inégalité injuſte, que les enfants non-donataires euſſent à leur égard le choix quand il y a peu de propres, ou de ſe contenter des deux tiers de ces propres de telle petite valeur qu'ils fuſſent, ou de prendre le

tiers de tous les immeubles, tant propres, qu'acquêts; mais toujours en comprenant dans les propres ceux même qui ſont hors la Coutume.

Ainſi l'enfant donataire des meubles & acquêts, eſt, à la vérité, chargé de l'option quand il y a peu d'héritages; mais auſſi il eſt en droit de faire comprendre dans la maſſe des propres ceux même ſitués hors l'étendue de la Coutume.

Mais dans ces cas il faut, ſi l'enfant donataire veut s'en tenir aux meubles & acquêts, que les enfants non-donataires aient, ou les deux tiers de tous les propres, ou le tiers de tous les acquêts & propres, quelque diſpoſition que portent les Loix de leur ſituation, par la raiſon que l'enfant donataire recevant ſous une condition, ne peut conſerver les bénéfices qu'en exécutant la condition.

J'ai traité en mes Diſſertations mixtes, *Diſſert.* 1, la queſtion qui regarde le pouvoir accordé par certaines Coutumes de diſpoſer de ſes acquêts, quand le teſtateur a des propres, & j'ai montré qu'il n'eſt pas néceſſaire que ces propres ſoient ſitués dans la Coutume même. Voyez encore ſur cette queſtion, la 51 conſult. de celles inſérées dans les Ouvrages de Dupleſſis, *tom.* 2, *pag.* 328; mais depuis il m'eſt tombé un acte de notoriété pour la Coutume de Poitou, que je vais mettre à la fin de cette Diſſertation, par lequel les Juges atteſtent que telle eſt la Juriſprudence dans cette Coutume; mais auſſi il ne ſuffit pas d'avoir ces propres au jour de la donation, il faut les avoir au jour de l'ouverture de la ſucceſſion: ainſi jugé pour ladite Coutume de Poitou, par Arrêt du Mardi 9 Avril 1726, en la Grand'Chambre, entre les ſieurs Rioult, d'Eſtouis & de Curſay.

Dans cette même Coutume on a jugé qu'il ſuffiſoit d'avoir des propres, *in qualitate, & non in quantitate*, pour pouvoir diſpoſer de ſes meubles & acquêts, hors le cas de l'*art.* 208, où il faut que les propres valent au moins ce que les meubles & acquêts valent; mais cela m'écarteroit trop de mon objet principal, & je me contenterai de dater l'Arrêt rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes, le 27 Février 1712, au rapport de M. Pallu, & l'acte de notoriété donné en la Sénéchauſſée de Poitiers, dès le 12 Mars 1680.

De cette queſtion de donation, notre Auteur paſſe à une queſtion de teſtament à l'occaſion d'un certain Statut de la

Province de Gueldres, qui défend de teſter de ſes biens propres, & il demande ſi ceux de dehors peuvent diſpoſer de ces biens; mais j'ai traité ces queſtions dans *l'Obſerv.* 36.

*Copie d'un acte de notoriété du Siege Préſidial & Sénéchauſſée de Poitiers, du* 20 *Mars* 1705.

» Ce jour la Cour ordinaire & Préſidiale de la Sénéchauſſée » de Poitou à Poitiers, tenant judiciairement, ce requérant » François Durceau & Antoine Gilbert, Avocat & Procureur » en ladite Cour : Oui le Procureur du Roi, comparant par » M. Henri Filleau, Avocat dudit Siege; après avoir pris l'a- » vis des anciens Avocats & Procureurs de ce Siege, avons oc- » troyé acte de notoriété qu'en cette Province de Poitou, pour » pouvoir diſpoſer de ſes meubles & acquêts, il ſuffit d'avoir de » l'héritage obvenu par ſucceſſion, quelque modique qu'il ſoit, » & en quelque endroit du Royaume qu'il ſoit ſitué, ſi ce n'eſt » dans le cas de l'*art.* 208. Ordonne que ledit acte ſera regiſtré » audit Greffe, pour y avoir recours, quand beſoin ſera. Don- » né & fait en ladite Cour, par nous François de Razez, Sei- » neur de Verneuil, Conſeiller du Roi, Lieutenant-Général, » Reveau, du Thiers, le Febvre, Perraut, Peliſſon, le Vaſ- » cher, Richeteau, de Geſnes, de Chazeaux, Rapaillon, » Beſſe, Larcher, Cothereau, Babinet, Conſeiller d'honneur, » Maiſon-Dieu, Roattin, Razay, Legier, Texier, de Lorris, » du Pont, Penigot, Orré, Vincent & Legier, le jeune, tous » Conſeillers du Roi, Juges, Magiſtrats en ladite Cour, le » 20 Mars 1705, *ſigné* BAILLON, contrôlé à Poitiers, le » 25 Mars 1705, par BEAU.

Cet acte s'eſt trouvé en copie dans les Mémoires de défunt M. Riot, notre confrere, & je dois à ſa mémoire de remarquer ici, qu'outre un grand fonds de probité, il poſſédoit au mieux la Coutume de Poitou. Il a laiſſé pluſieurs manuſcrits, & entre autres des inſtitutes coutumieres féodales de cette Coutume qu'il a diviſés en trente-quatre traités particuliers : cette matiere, très-difficile en elle-même & très-difficile dans la Coutume de Poitou, eſt rendue ſi méthodiquement & ſi clairement, que je déſirerois de tout mon cœur qu'on en fît part au Public. Tous ſes Manuſcrits étoient ès mains de défunt

ſunt M. Merland, notre confrere, & j'ai appris qu'ils ont été remis à M. je ſuis perſuadé qu'il ne les refuſera pas au bien général.

M. Riot s'étoit donné la peine de tranſcrire les notes que M. de Riparfons a faites ſur la Coutume de Poitou. Outre que ces notes doivent nous être infiniment précieuſes par le mérite de l'Auteur, & par la reconnoiſſance que nous lui devons pour la belle Bibliotheque qu'il a léguée à notre ordre, voici l'utilité que nous pourrions retirer du tranſcrit de M. Riot.

Nous ſavons tous que M. de Riparfons a laiſſé grand nombre de Manuſcrits, qui ſont gardés avec ſoin dans notre Bibliotheque ; mais comme l'écriture en eſt difficile, ils reſteront probablement, ſans jamais être lus, & le Public ſera privé des recherches & des études de ce grand homme.

En prenant le tranſcrit de M. Riot, & le confrontant avec l'original, on ne ſera pas quinze jours, ſans connoître parfaitement le caractere d'écriture de M. de Riparfons, & on ſeroit en état de mettre au net toutes ſes ſavantes recherches : on pourroit trouver à cet effet de jeunes confreres, qui pour leur propre inſtruction & par amour pour le bien public, ſe prêteroient généreuſement à ce travail, & en tous cas on pourroit en charger le Bibliothécaire.

Je finirai cette note par une autre, qui peut-être paroîtra petite, mais que j'eſtime n'être pas à négliger ; c'eſt que juſqu'à préſent le nom de M. de Riparfons a été défiguré : il l'eſt dans des Epîtres dédicatoires, dans le Dictionnaire de Moréri & dans ſon Epitaphe même ; je l'ai défiguré comme les autres ; mais j'ai vu pluſieurs de ſes ſignatures : il ſignoit ainſi, *de Riparfons*, & non pas *de Riparfont*, ni *de Riparfond*. Il eſt convenable que le nom d'un auſſi illuſtre confrere, & à qui le Public & notre ordre ont des obligations ſi eſſentielles, ſoit tranſmis à la poſtérité, ſans aucune altération.

## OBSERVATION XXXVI.

DEs conjoints, (& c'eſt la ſeconde queſtion agitée par Rodenburgh,) s'étoient, pendant leur mariage, mutuellement laiſſé les biens de leurs ſucceſſions, & ils étoient pour lors domiciliés dans une Coutume qui le leur permettoit; cette diſpoſition peut-elle ſubſiſter, s'ils viennent depuis demeurer dans une Coutume qui défend tous avantages entre conjoints, & que l'un des deux meure dans ce nouveau domicile?

Toute la difficulté ne tombe que ſur les meubles, & conſiſte à ſavoir ſi pour décider de la validité de cette diſpoſition, il faut ſe fixer à la Loi du domicile, au temps de la diſpoſition, ou à la Loi du domicile, au temps du décès du conjoint prémourant.

En effet, la défenſe portée par la Loi du nouveau domicile, dont parle Rodenburgh, n'eſt pas la ſuite de l'état & de la condition des perſonnes; c'eſt une défenſe bornée & limitée entre les conjoints ſeulement: car par la maniere dont notre Auteur préſente la queſtion, il préſuppoſe que le changement de domicile ne fait pas perdre aux conjoints leur capacité d'état & de condition. Il convient que nonobſtant le changement de domicile, ils ſont toujours capables de diſpoſer à cauſe de mort: car, outre qu'il le dit expreſſément par la ſuite, il convient encore que ces conjoints peuvent même ſe léguer leurs immeubles, ſi la Loi de la ſituation les autoriſe à cet égard; ce qu'il n'auroit pas pu dire, ſi dans les conjoints il y avoit une incapacité abſolue d'état & de condition.

Les conjoints, dont parle notre Auteur, ne ſont donc, par le changement de domicile, incapables que d'une incapacité pure réelle, & même cette incapacité n'a de rapport qu'aux meubles ſeulement & autres effets qui ſuivent le domicile: car pour les immeubles, le changement de domicile n'y fait rien; ils ſont réglés par la Loi de la ſituation, parce qu'à cet égard, leur aſſiette eſt immuable & perpétuelle; mais quant aux meubles, ils changent de Loi, à meſure que la perſonne change de domicile.

Il ne faut pas même oublier que notre Auteur fait régir les

meubles par la Loi du domicile, non pas comme Loi perſonnelle, mais comme Loi réelle, donnant aux meubles une aſſiette & une ſorte de ſituation dans le lieu du domicile.

Ainſi c'eſt toujours une Loi réelle qui regle également les meubles & les immeubles; c'eſt-à-dire, que c'eſt la Loi de la ſituation des uns & des autres; mais cette Loi eſt immuable pour les immeubles, & muable pour les meubles; en ſorte que par rapport aux meubles, ſi vous vous fixez à la Loi du domicile, au jour de la diſpoſition, les conjoints pouvoient faire cette diſpoſition. Si vous vous fixez à la Loi, au temps du décès, ils ne le pouvoient plus.

Notre Auteur demande donc ſi des conjoints, au jour de leur teſtament, étant domiciliés dans une Coutume où ils pouvoient ſe léguer leurs meubles, venoient à changer de domicile, & à demeurer dans une Coutume qui le leur défend, la diſpoſition teſtamentaire que les conjoints ſe ſeroient faite précédemment, ſubſiſteroit depuis ce changement de domicile, & il répond pour la négative, par ce principe, qu'il ne ſuffit pas aux conjoints que la Loi leur permette de ſe léguer certains effets au jour de leur teſtament; il faut encore qu'au moment du décès, ces effets ſoient ſitués en Coutumes qui accordent la même permiſſion aux conjoints.

Il tombe, à cette occaſion, ſur une queſtion incidente, qui eſt de ſavoir ſi un teſtament revêtu de ſes formes au jour qu'il a été fait, devient nul par défaut d'une nouvelle formalité depuis admiſe & preſcrite, & il décide pour la validité du teſtament, parce que le teſtateur ayant rempli la forme que la Loi preſcrivoit pour lors, une nouvelle Loi qui introduit une nouvelle forme, ne ſauroit annuller un acte parfait dans ſa forme, à moins qu'elle ne le diſe expreſſément, ainſi que nous l'avons déja remarqué en l'*Obſervation* 34.

Il agite encore l'eſpece d'un mineur qui eſt ſous la curatelle d'un particulier. Ce mineur, par la diſpoſition de la Loi qui le régit, ne pouvoit léguer à ſon curateur, aucun de ſes immeubles; il fait néanmoins un teſtament, & inſtitue ce curateur ſon héritier, & décede depuis en majorité; la curatelle étant par conſéquent ceſſée, notre Auteur demande ſi ce teſtament pouvoit ſubſiſter, & il dit qu'on décida pour la négative, par la raiſon qu'il ne ſuffit pas d'être

capable de recevoir au jour du décès du teſtateur, il faut l'être encore au jour du teſtament.

Dans la premiere queſtion de notre Auteur, le teſtateur & le légataire peuvent, au jour du teſtament, diſpoſer au profit l'un de l'autre, des biens ſitués ſous la Loi de leur domicile, & la défenſe ne ſurvient que par un changement de domicile.

Dans la ſeconde, il ne ſurvient aucune défenſe, ni pour le teſtateur, ni pour le légataire; mais il ſurvient une nouvelle formalité.

Enfin, dans la troiſieme, c'eſt un mineur ſous l'autorité d'un curateur, au jour de ſon teſtament, à qui la Loi, à raiſon de ſa dépendance, défend de rien donner à ce curateur, & au curateur de rien recevoir de ſon mineur; mais au jour du décès de l'un deux, le teſtateur eſt pleinement majeur, & la curatelle a ceſſé.

De ces trois queſtions, nous n'examinerons préſentement que la premiere & la troiſieme; & quant à la ſeconde, voyez *l'Obſervation* 34.

Mais auparavant que de les traiter, il faut mettre quelques principes du Droit Romain ſous les yeux.

Il eſt de principe chez les Romains, qu'on conſidere deux temps pour décider de la capacité du teſtateur, le temps du teſtament, & le temps du décès du teſtateur, *cùm facit teſtamentum, & cùm moritur;* & il faut qu'il ſoit capable dans l'un & l'autre temps, *& utroque tempore jus teſtamenti faciendi habuerit, L.* 1, §. 8, *ff. de bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabul.*

Parlons d'abord du premier temps, qui eſt celui où l'on fait le teſtament. Il eſt certain que ſi une perſonne n'eſt pas capable par défaut d'âge, par exemple, ou ſi ayant l'âge, ſa capacité eſt liée, ou arrêtée au jour de ſon teſtament, parce qu'il eſt furieux, ſans bons intervalles, qu'il eſt imbécille, & à raiſon de ce, interdit, & que néanmoins il teſte: ſi, par la ſuite, il devient majeur, ou que ſa capacité, qui étoit liée, lui ſoit rendue, ſon teſtament n'en eſt pas moins nul. C'eſt la diſpoſition préciſe de la Loi 19, *qui teſtamentum fac. poſſ. quia nullæ ſunt tabulæ teſtamenti quas is fecit qui teſtamenti faciendi facultatem non habuerit, licet filiusfamil. ſui juris, aut pupillus pubes, aut ſervus liber factus deceſſerit;* & c'eſt encore la diſpoſition de la Loi 29, *ff. de reg. jur.* Voyez Ricard, du Don mut. *n.* 334.

On peut remarquer, à cette occaſion, qu'il y a quelques Loix dans le Digeſte qui, en parlant du fils de famille & du furieux, emploient ces expreſſions, *teſtamenti factionem habere videntur, L. filiusfamil. ib. in princip. & §. 1°. qui teſtam. facere poſſint ;* mais il faut entendre ces Loix, non pas de la capacité de faire un teſtament, mais de celle de recevoir par teſtament, *non de factione activa, ſed de factione paſſiva :* ces Loix le diſent elles-mêmes, *ſibi aut alteri ex teſtamento acquirere poſſunt.*

Par le même principe, le teſtament de celui qui eſt mort civilement au jour qu'il teſte, n'eſt pas valable, encore que depuis il ſoit réhabilité par Lettres du Prince, *L.* 8, *ff. qui teſt. facere poſſunt.*

C'eſt encore un autre principe que, ſi le teſtament eſt vicieux par le défaut de forme, il ne ſauroit, par l'événement, jamais ſubſiſter. *Tunc enim non eſt jure factum teſtamentum ubi ſolemnia juris defuerunt, L.* 1, *ff. de injuſt. rupt. irrit. fact. teſt.* de même encore s'il lui manque quelque choſe de ſa ſubſtance conſtitutive : par exemple, ſi le pere a prétérit le fils qu'il avoit en ſa puiſſance, *dict. L.* 1.

Dans tous ces cas, c'eſt le moment du teſtament qu'il faut conſidérer. Voyez cependant l'Ordonnance des teſtaments de 1735, *art.* 53, qui, pour le cas de la prétérition, y a apporté quelque changement.

Le principe de cette déciſion, chez les Romains, eſt fondé ſur la Loi 29, ff. *de reg. jur. quod ab initio vitioſum eſt, non poteſt tractu temporis convaleſcere.*

Cette regle, dans ſa généralité, eſt, dans l'application, aſſez ſouvent vicieuſe ; M. Cujas, *lib.* 11, *reſp. Papin. ad L.* 1^am. *de pignor.* en parle dans les termes ſuivants, *ut faceſſat deinceps ejuſmodi regula cujus adeo frequens objectio eſt, ſtatuendum eam eſſe regulam ſummi juris..... unde objicienti eam regulam, duorum alterutrum contra objici poteſt.* 1^um. *vitiari regulam ſi ſit lex ſpecialis quæ ſtatuat convaleſcere quod initio vitioſum fuit ut ecce donatio inter virum & uxorem..... vel etiam in pleriſque cauſis licet reſpondere, quod initio vitioſum eſt, ex poſtfacto non convaleſcit ; directo non convaleſcit, fateor, ſed convaleſcit ex cauſa, æquitate ſuadente, prætore dante non directam quidem actionem cui obſtat rigor juris, ſed utilem actionem cujus parens eſt æquitas.*

Henrys, *tom.* 2, *pag.* 337 *de l'édition de.....*, en parlant de

cette Loi, dit qu'elle est vraie, & que le temps seul ne fait pas valoir un acte vicieux, *bene solo tractu temporis nisi duo concurrant, vitii scil. cessatio & novissimus actus.* Mais cette regle paroît avoir une application entiere dans le cas des testaments, *omnia quæ ex testamento proficiscuntur, ita statum eventûs capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint.*

Cette Loi applique aux testaments ce que la Loi 29 applique à tous les actes en général; c'est le commencement, c'est-à-dire, le temps auquel se fait le testament qu'il faut considérer : l'événement dépend du commencement, *status eventus pendet à statu causæ primæ*, dit Godefroy dans son Traité, *de Reg. Jur.*

Mais la Loi 210 du même titre a quelque chose encore de plus précis. *Quæ ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.*

Mais cette regle, *quod ab initio vitiosum est*, &c. qui, selon M. Cujas, *ad Resp. Papin. lib.* 11, *in L. primam, de Pignor.* est une regle de rigueur, a néanmoins ses exceptions, & peut être tempérée, *æquitate suadente;* d'autres y donnent encore d'autres explications. Voyez Henrys, *tom.* 2, *pag.* 337 *de l'anc. édit.* mais elle a inconteſtablement lieu en fait de testament.

Voilà pour ce qui regarde le premier temps, qui est celui de la confection du testament.

Voyons présentement ce que disent les Loix à l'égard du deuxieme temps, qui est celui du décès du testateur.

Il est certain qu'un testament valable dans son principe, peut par la suite être infirmé, à cause d'un événement qni survient au testateur, & qui lui ôte la capacité de tester : la raison en est qu'avant l'événement survenu, *testamentum nec erat perfectum, nec consummatum;* c'est ce qui est porté aux *instit. quib. mod. testament. infirmantur.... alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cùm is qui fecit testamentum, capite diminutus sit :* & la Loi *qui ex liberis ff. de bon. poss. sec. tabul.* applique la maxime au cas particulier de celui qui depuis son testament s'est donné en adrogation; son testament est nul, si ce n'est qu'étant devenu *sui Juris*, il l'eût confirmé, *testamento facto Titius adrogandum se præbuit, ac postea sui Juris effectus vitâ decessit : scriptus hæres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur.... plane si sui Juris effectus, codicillis, aut aliis litteris eodem testamento se mori velle decla-*

*raverit, voluntas quæ defuerat, judicio recenti rediſſe intelligetur ;* c'eſt encore ce qui eſt porté en la Loi, *conficiantur* §. *ſi poſtfactum ff. de jure cod.*

Il y avoit en Droit trois ſortes de changements d'état. Le premier, lorſque la perſonne perdoit tout à la fois le Droit de Citoyen Romain, & ſon état d'homme libre ; ce qui emportoit la perte des droits de famille : par exemple, lorſqu'il étoit condamné à mort civile ou naturelle, ou lorſqu'il ſe rendoit eſclave. Le ſecond, lorſque la perſonne conſervoit ſa liberté, mais perdoit les droits de cité, comme, par exemple, celui qui étoit déporté, ou banni dans une Iſle. Enfin le troiſieme, lorſque la perſonne libre d'ailleurs, & jouiſſant des droits de cité, mais ſoumis & dépendant d'autrui, ceſſoit d'être dans cette dépendance, ou lorſqu'étant indépendant, il devenoit ſujet & ſoumis à l'autorité d'autrui, par exemple, lorſqu'étant pere de famille, il ſe donnoit en adrogation, ou qu'étant fils de famille, il étoit émancipé.

Dans tous ces cas *irritum fiebat teſtamentum, quia ejus tantum qui, quo tempore moritur, liber eſt, civis, & paterfamilias, teſtamentum valet.*

Mais ſi le teſtateur, depuis ſon teſtament, perdoit ſimplement l'exercice de la faculté de teſter, ſans changer d'état, ſon teſtament ſubſiſtoit : c'eſt ainſi que le teſtament de celui qui devenoit furieux, ou qui étoit depuis interdit pour imbécillité ſurvenue, ne laiſſoit pas de ſubſiſter, parce que la fureur non plus que l'interdiction ne faiſoient perdre, *neque civitatem, neque libertatem, neque familiam.*

Ainſi quoique le furieux, l'interdit, l'imbécille ne puiſſent pas faire de teſtament, ils peuvent pourtant, en vertu d'un teſtament qui précede la fureur, l'imbécillité & l'interdiction, avoir des héritiers & des légataires.

Dans quelle claſſe mettrons-nous ceux qui s'engagent dans l'état monaſtique ? Ils perdent parmi nous, *libertatem, & familiam : libertatem,* puiſqu'ils font vœu d'une obéiſſance, d'une ſoumiſſion & d'une dépendance entiere & perpétuelle : *familiam,* puiſque du moment de leur profeſſion, ils ſont préſumés morts, & ne peuvent plus être héritiers d'aucuns de leurs parents, & réciproquement leurs parents ne peuvent plus être leurs héritiers des biens qu'ils peuvent acquérir par la ſuite, ſous une exception néanmoins, qui eſt lorſque, de ſimples Re-

ligieux, ils sont sacrés Evêques : car pour lors on leur succede, mais ils ne succedent pas. Enfin les successions des Religieux sont ouvertes à l'instant de leurs professions, comme elles le seroient à l'instant de leurs morts naturelles : ainsi en suivant les décisions du Droit Romain qui infirme le testament de celui qui perd sa liberté & les droits de famille, il faudroit dire que le testament de celui qui depuis se fait Religieux, est sans force, ni vertu.

Si nous consultons ce qui se pratiquoit avant Justinien, & même pendant les premieres années de son regne jusqu'en 537, les Religieux ne souffroient aucun changement dans leur état. *Monachismus non erat votum præcise ligans & obligans, sed modus vivendi, causâ disciplinæ spiritualis, orationis & Doctrinæ*, & dans ces temps les Religieux conservoient la propriété de leurs biens, dont ils pouvoient disposer même par testament; cela avoit même encore lieu parmi nous dans le neuvieme siecle. Voyez la Préface historique, pour servir à l'Histoire Ecclésiastique & Civile de Bretagne.

Il y a eu plusieurs changements par le Droit du Code & des Novelles; mais dans nos mœurs actuelles le Religieux meurt civilement & perd son état; cependant son testament fait antérieurement subsiste, *& per ingressionem statim confirmatur:* d'où vient cela?

Je remarque que nos Auteurs praticiens font communément à cette occasion plusieurs distinctions : ils distinguent d'abord entre l'incapacité qui survient dans le testateur sans son fait, & celle qui survient par son fait.

Quand l'incapacité survient par le fait du testateur, ils subdivisent ce premier cas : ou ce fait est accompagné de délit, comme s'il est condamné à mort naturelle, ou à quelques peines emportant mort civile : le testament, quoique valable dans son principe, est annullé, & ne sauroit avoir aucun effet; c'est la disposition du §. 4, *Institut.* ci-dessus allégué. Me Ch. du Molin met cependant une exception pour les Pays où il n'y a pas de confiscation : car dans ce cas il prétend que le testament subsiste : il est vrai, selon lui, que le condamné ne peut pas tester de nouveau, qu'il ne peut pas même révoquer le testament qu'il a fait; mais ce testament subsiste nonobstant la condamnation à mort civile.

Que

Que ſi le fait du teſtateur qui donne lieu à ſon changement d'état, n'a rien de criminel en ſoi ; par exemple, ſi le teſtateur ſe fait Religieux, dans ce cas ſa mort civile qui ſurvient depuis, & qui a une cauſe pieuſe & honnête, eſt comparée à la mort naturelle, & le teſtament de cet homme fait Religieux depuis ſon teſtament, *ſtatim confirmatur*, pourvu que la date en ſoit certaine ; c'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance de 1735, *art.* 21. Il en eſt de même de celui qui devient furieux, comme nous venons de le dire, parce que la fureur qui ſurvient n'eſt pas du fait du teſtateur, encore moins ce fait eſt-il accompagné de délit.

Que l'on n'oppoſe pas qu'il eſt de principe qu'un acte s'éteint de droit, lorſqu'il ſurvient après coup une circonſtance qui auroit empêché que l'acte n'eût été valablement fait, ſuivant la Loi 140, *ff. de verbor. obligat.* car cette Loi ne renferme pas un principe général & univerſel : la Loi le dit elle-même, *non tamen hoc in omnibus verum eſt*, & Me Ch. du Molin en ſon Labyrinthe, *ſexdecim Legum*, *n.* 155, nous aſſure que cette Loi ne peut réguliérement paſſer pour un principe de Droit. *Nunc ex prædictis apparet quomodo ſane intelligendum ſit quod vulgo paſſim traditur, corrumpi, vel extingui ſtipulationem ab initio recte conſiſtentem, ſi ad eum caſum reciderit à quo incipere, vel conſiſtere non poterat, ut in lege, pro parte, de ſervitutibus, L. exiſtimo in fine, L. pluribus, §. & ſi placeat, de verbor. obligat. non enim debet intelligi quod ſit regula Juris, habens vim Juris, ſaltem regulariter, ut omnes fere putaverunt : nunquam enim hujuſmodi dictum, hâc intentione legibus inſertum fuit, patet in dicta. L. exiſtimo, ubi non recitatur pro regula, nec pro ſententia approbata, ſed pro quorumdam opinione, quæ illic per tria exempla reprobatur, hactenus ſcilicet ut non poſſit ad deciſionem Juris induci, ut in dict. §. & ſi placeat : non eſt ergo Lex, nec regula Juris per ſe, licet quandoque illud dictum ſit inſertum certæ deciſioni Legis, ſecundùm quam neceſſariò debet intelligi, nec ad aliud extendi.* Voyez ſur cette regle Cujas, *ad L.* 2, *ff. de verbor. oblig.* qui dit expreſſément, *non eſſe perpetuo verum ea quæ ab initio conſtiterunt, poſtea evaneſcere, ſi in eum caſum recidant à quo non potuiſſent incipere ;* ce qu'il montre par quatre exemples différents.

L'événement poſtérieur qui ſurvient, ne détruit donc pas tou-

jours l'acte qui a été fait antérieurement. Everard en étoit bien convaincu, lorſqu'il donna le Conſeil 70, dans l'eſpece ſuivante.

Un batard avoit fait ſon teſtament dans un temps & dans un lieu où cela étoit permis à tous batards; par la ſuite il étoit intervenu une Ordonnance qui l'avoit défendu à ces ſortes de perſonnes; il fut queſtion de la validité du teſtament fait avant ces défenſes, & Everard répond que le teſtament eſt bon, & que *ſufficit quod condens teſtamentum, ſit tempore quo condidit ad teſtandum habilis, & idoneus, & non requiritur quod apud eum ſit, tempore deceſſûs, ejuſdem teſtamenti factio;* & à cette occaſion il diſtingue les changements qui peuvent ſurvenir dans le teſtateur, *ſuo facto, aut delicto*, auquel cas, *teſtator devenit ad hoc quod non habet teſtamenti factionem, ſecus autem, ſi non ſuo facto, aut delicto, tunc enim ſufficit quod habeat teſtamenti factionem tempore conditi teſtamenti; itaque ſi poſt teſtamentum conditum deveniat ad tempus quo non habeat teſtamenti factionem, teſtamentum non invalidatur.*

Il eſt à remarquer que dans ce Conſeil d'Everard, il n'étoit pas queſtion d'une formalité nouvellement preſcrite par l'Ordonance, mais d'une incapacité prononcée depuis le teſtament, contre le teſtateur; en ſorte que de capable qu'il étoit au jour de ſon teſtament, il ſe trouvoit, au jour de ſon décès, incapable d'une incapacité d'état. Les choſes étoient tombées dans le cas où le teſtament n'auroit pas pu être fait. Il ſembloit donc néceſſaire d'y appliquer la diſpoſition des Loix qui ne donnoient force & autorité qu'aux teſtaments de ceux qui étoient capables de teſter, *utroque tempore.* Cependant la déciſion d'Everard eſt au contraire, & elle ne peut être fondée que ſur cette diſtinction commune de nos Auteurs, *an à facto, an ſine facto, an à facto laudabili, an à delicto.*

Mais quoique cette diſtinction paroiſſe être celle de quantité de nos Auteurs, je remarquerai que Me Ch. du Molin, *in Dinum reg.* 1, *n.* 26, la regarde comme fauſſe & inepte, *inepta & falſa diſtinctio;* & comme cet endroit de Me Ch. du Molin eſt remarquable, je vais vous le mettre ſous les yeux. *Hæc diſtinctio plauſibilis eſt, & communiter approbata, ſed falſa eſt; patet, quia non ſolum manet teſtamentum, ſi teſtator poſtea fiat inhabilis facto ſuo laudabili ſecundùm iſtos, ut dixi, authent. ſi quæ mulier, Cod. de ſacroſancti Eccleſ. ſed*

*etiam facto ſuo culpabili, ut ob vitium prodigalitatis, L. is cui Lege. D. de teſtam. & ſic rejecta inepta, & falſa diſtinctione, vera methodus eſt facere regulam, & fallentiam, & regula ſit affirmativa per reg. L. in ambig. §. non eſt no. dict. Cod. L. factum legitime, infra eodem, & per textum in individuo, in L. 1, §. ſi quis autem de bon. poſſ. ſecundùm tabulas : fallit quando unà cùm ſuperveniente inhabilitate, bona ad alterius diſpoſitionem, vel dominium devolvuntur : ut hîc in eo qui ſe dat in adrogationem, vel patitur ſententiam ex qua bona confiſcantur, & ita debet intelligi & reſtringi Lex, ſi quis filio, §. irritum, verſ. ſed & ſi quis, de injuſto rupto teſtamento, ut tunc procedat, quando ſimul bona amittuntur, & probatur in L. ejus qui §. 1, & in fin. de teſtam. ſecus ergò ſi bona non publicantur, ut novè dixi in authent. ſi quæ mulier, in fin. Cod. de Sacroſanctis Eccleſiis, in lectura mea Tubingenſi, anno 1554, & ita practicatur Galliæ in locis, ubi non eſt confiſcatio, ut teſtamenta ante ſententiam mortis facta maneant, etiam in crimine læſæ Majeſtatis, ut in Britannia.*

Après avoir expoſé les principes du Droit Romain, en ce qui regarde les teſtateurs, examinons préſentement ceux qui concernent les légataires & les changements qui peuvent ſurvenir en leur perſonne.

Le principe du Droit Romain eſt, que *legari illis ſolum poteſt cum quibus teſtamenti factio eſt. Inſt. de legat. n.* 24 : la Loi ne dit pas, *qui teſtamenti factionem habent*, mais, *cum quibus teſtamenti factio eſt.* Ce qui comprend non-ſeulement ceux qui pouvant faire un teſtament, peuvent par conſéquent recevoir par teſtament ; mais auſſi ceux qui ne pouvant pas faire de teſtament, peuvent néanmoins recevoir par teſtament, parce que *cum iis omnibus teſtamenti factio eſt.*

Delà il ſuit, 1°. que le furieux, ſoit au jour du teſtament, ſoit au jour du décès du teſtateur, l'imbécille, l'interdit pour prodigalité, qui ne peuvent pas faire de teſtament valable, peuvent néanmoins recevoir par teſtament, ces défauts ne formant point d'indignité dans leurs perſonnes. *Inſtit. de hæred. qualitat. & differentia*, §. 4.

Il en eſt de même du mineur qui n'a pas atteint un certain âge ; il ne peut pas teſter, mais il peut recevoir par teſtament.

A l'égard de celui qui eſt mort civilement à cauſe de ſon délit, le legs eſt caduc, ſoit qu'il ſoit mort civilement avant, ou

depuis le teſtament, *L.* 9, *de his quibus ut indig.* §. 24 *inſtit. de legatis*, ſi ce n'eſt qu'il ſoit légataire de ſimples aliments dont le mort civilement eſt capable, *L.* 3, *de his quæ pro non ſcriptis habent*, & *L. is cui*, *ff. de aliment. & cibariis legatis.*

La condition d'un légataire qui, depuis le legs à lui fait, & avant la mort du teſtateur, s'eſt rendu Religieux dans un Monaſtere, eſt aſſimilée à celle d'un homme mort naturellement; & comme c'eſt principalement le moment du décès du teſtateur qu'il faut conſidérer en cette occaſion, ce moment étant celui où le droit commence à être acquis au légataire, il eſt néceſſaire que ce legs fait à un homme réputé mort, ſoit caduc, & je ne croirois pas, dans ce cas, que le legs, fût-il modique, fût-il de ſimples aliments, pût ſubſiſter en tout, ou partie; parce que la Profeſſion en Religion aſſure au légataire tous ſes beſoins naturels, & que l'on ne peut pas préſumer que le teſtateur ait conſervé l'intention de lui léguer des aliments qui lui ſont devenus certains. Il en ſeroit autrement, ſelon moi, ſi le teſtateur avoit légué depuis la Profeſſion : car pour lors ſa volonté eſt certaine, & le Religieux peut recevoir par legs, dequoi ſe procurer quelque petit ſoulagement.

Il y a ſur cette matiere une derniere réflexion à faire, qui eſt que, ſelon le droit du prêteur, l'incapacité, ſoit active, ſoit paſſive intermédiaire entre le teſtament & le décès du teſtateur, ne nuit jamais; en ſorte que, ſoit que le teſtateur devienne incapable depuis ſon teſtament, ſoit que ce ſoit l'héritier, ou le légataire, de quelque incapacité que ce puiſſe être, ſi au jour du décès du teſtateur, celui-ci eſt rendu capable de teſter, & l'autre capable de recevoir, le teſtament doit avoir ſon exécution pleine & entiere, *L.* 6, *ſolemus*, *L.* 59, §. *ſi hæres*, *L.* 104, *ff. de condit. & demonſtrat.*

Enfin, je finirai l'examen de tous ces principes par les regles que preſcrit Barthole, *ad C. non intelligitur*, §. *quando autem*, *ff. de jure fiſci.*

*Si quis tempore conditi teſtamenti, & pariter mortis teſtatoris tempore ſit non capax, relictum non valet.*

*Si utroque tempore teſtamenti & mortis capax, reperitur, legatum valet.*

*Si tempore fideicommiſſi relicti erat capax, non autem mortis tempore, & iſto caſu fideicommiſſum non eſt validum.*

*Aut tempore quo fideicommiſſum ſeu legatum relinquitur, non*

*erat capax, mortis autem tempore ſit, & tunc relictum valet, ſufficit enim legatarium capacem eſſe tempore mortis.*

Après l'expoſition de ces principes, paſſons à l'examen des queſtions de notre Auteur.

## *PREMIERE QUESTION.*

Il demande ſi des conjoints domiciliés dans une Coutume qui leur permet de laiſſer au ſurvivant les biens de leur ſucceſſion, viennent demeurer dans une Coutume qui défend tous avantages entre conjoints, cette libéralité ſubſiſtera.

Il ne s'agit, comme l'on voit dans cette queſtion, que d'une diſpoſition à cauſe de mort. Or pour la déciſion de cette queſtion, il faut ſe reſſouvenir que notre Auteur préſuppoſe dans les conjoints une capacité de faire un teſtament, avant, comme après le changement de domicile; en ſorte que la prohibition de la Loi du nouveau domicile ne leur fait pas perdre cette capacité : elle n'eſt qu'une prohibition particuliere & purement relative aux biens.

Cela eſt ſi vrai, ſelon Rodenburgh, comme nous l'avons obſervé ci-devant, que, 1°. les conjoints, dont il parle, peuvent diſpoſer au profit de tous autres, & ils peuvent pareillement recevoir. 2°. Ils peuvent même diſpoſer au profit les uns des autres, des biens qu'ils ont, ſitués dans les Coutumes qui le permettent.

Or, la queſtion réduite dans ces termes, il eſt facile de s'appercevoir que les principes que nous venons d'expoſer du Droit Romain, ne trouvent pas ici d'application. Les Loix parlent d'une incapacité d'état & perſonnelle, & ici il n'eſt queſtion que d'une incapacité particuliere & locale qui ne dépend que de la ſituation des biens, en ſorte que l'obſtacle eſt plus dans la choſe, que dans la perſonne.

Cela préſuppoſé, dès que la validité de la diſpoſition dépend de la ſituation des biens, il n'eſt pas douteux que c'eſt cette Loi qu'il faut conſidérer, au moment que la diſpoſition doit avoir force & doit ſortir ſon effet.

C'eſt pourquoi s'il s'agit de donations entre vifs, nous avons dit ci-devant, que comme elles emportent une expropriation actuelle, que le donateur ne peut reſter en poſſeſſion, qu'à titre de précaire, & au nom du donataire, & que cela ne reçoit

d'exception que dans les contrats de mariage, où la maxime, *donner & retenir ne vaut*, n'a pas lieu, la capacité ſe prend du moment de la donation, *incipitur à primo tempore.*

Il en faut excepter certaines donations qui, quoique entre vifs, ſont prohibées à raiſon d'une qualité qui peut ſurvenir au donataire, comme celle d'héritier préſomptif du donateur : car cette qualité ne s'enviſage qu'au moment du décès du donateur. C'eſt ce qui a fait dire à M. le Brun, en ſon Traité des Succeſſions, *tit. des Réſerves Coutumieres, n.* 3, que la prohibition faite par l'Article 337 de la Coutume d'Anjou, de donner à ſon héritier, doit ſe rapporter au temps de la mort, avant lequel il n'y a pas d'héritier.

Voici l'eſpece qui a été jugée dans la Coutume de Normandie, à cette occaſion : elle eſt propoſée par Baſnage, *art.* 431.

Cette Coutume eſt du nombre de celles où l'on ne peut pas donner à ſon héritier préſomptif : Baſnage préſuppoſe qu'au temps de la donation, le donataire étoit l'héritier préſomptif du donateur ; mais au temps de ſon décès il s'en trouvoit exclus par un plus proche : on pourroit, dit-il, révoquer en doute, ſi cette donation, qui étoit nulle dans ſon origine, pouvoit devenir bonne dans la ſuite, *nam quod ab initio non valuit, &c.*

J'eſtime néanmoins, continue Baſnage, que comme on n'eſt pas recevable à débattre la validité d'une donation, durant la vie du donateur, il ſuffit qu'au temps de ſa mort, la choſe ſoit venue à un point où elle puiſſe ſubſiſter. *Res ad eum caſum pervenerit à quo incipere potuerit.*

Si au contraire la donation avoit été faite à l'héritier de l'héritier, & qu'au temps de la mort du donateur, le donataire ſe trouvât héritier immédiat, la donation deviendroit nulle. Ce fut une des principales déciſions de l'Arrêt rendu entre la veuve & les héritiers de M^e Nicolas Lecerf, Procureur en la Cour, & Lecerf un de ſes neveux.

Nicolas Lecerf voyant que ſon frere étoit mauvais ménager, & que ce frere le ſurvivant, ſeroit ſon héritier, il tâcha d'aſſurer le bien à ſon neveu, par des donations ; mais ce frere étant mort avant lui, le neveu ſe trouvant héritier de ſon oncle, avec les ſœurs du défunt, on jugea que la donation ne pouvoit plus ſubſiſter.

Suivant cette déciſion, c'eſt le moment du décès qui dé-

termine la qualité d'héritier préſomptif; en ſorte que quand la Coutume défend de donner à ſon héritier préſomptif, elle entend parler de celui, non pas qui au jour de la donation, ſeroit tel, mais de celui qui le ſera réellement au jour du décès du donateur. Ainſi, dans ce cas, la capacité de recevoir ſe réfere au moment du décès, *& incipitur ab ultimo tempore, ſcilicet mortis naturalis*, & c'eſt une exception aux principes des donations entre vifs.

Mais s'il s'agit de diſpoſitions teſtamentaires, comme il n'y a rien d'acquis, ni de certain au moment même du teſtament, parce que tout teſtament, ou diſpoſition à cauſe de mort, ne commence à avoir force & autorité que du jour du décès; l'Eſprit ſaint nous l'enſeigne lui-même, *ubi enim teſtamentum eſt, mors neceſſe eſt intercedat teſtatoris : teſtamentum enim in mortuis confirmatum eſt, alioquin nondum valet dum vivit qui teſtatus eſt, ad Hebreos* 9, *n.* 16; & parce que tout acte de cette nature eſt auparavant, ſans vie & ſans vertu, *omnis diſpoſitio teſtatoris habet vim, & effectum poſt mortem, ita ut vivo nihil operetur, cùm viventis non ſit hæreditas;* & enfin, parce que toutes diſpoſitions teſtamentaires, ou à cauſe de mort, ſont toujours révocables juſqu'au décès, *omnia diſpoſita, ſunt revocabilia;* c'eſt le moment du décès qu'il faut enviſager, quand il n'y a point d'incapacité fonciere & d'état dans le légataire.

Par conſéquent il eſt des regles de décider dans l'eſpece de notre Auteur, que la diſpoſition teſtamentaire, faite par le conjoint à ſon conjoint, quoique valable dans ſon principe, ne pourra être exécutée, ſi la diſpoſition réelle de la Loi qui régit les biens au jour du décès, s'y oppoſe.

Ce changement de domicile ne peut opérer que par rapport aux meubles qui ſuivent la perſonne, & qui changent de Loi à meſure que la perſonne change de domicile : car par rapport aux immeubles, s'ils ſont toujours les mêmes, le changement de domicile ne change pas la déciſion, en ce qui les regarde. Il ne faut pas en effet oublier que nous ſuppoſons ici que les conjoints, dont nous parlons, ont nonobſtant leur changement de domicile, conſervé toujours *jus teſtandi*, & que ce n'eſt que par une diſpoſition pure réelle qu'ils en ſont empêchés les uns envers les autres.

Peckius, *de teſtamentis conjugum, ch.* 37, *liv.* 4, agite préciſément notre queſtion. Il demande ſi un mari ayant légué à

ſa femme dans le temps qu'il étoit domicilié dans une Coutume qui le lui permettoit, cette diſpoſition ſubſiſtera, s'il vient demeurer dans une Coutume qui le lui défend : il examine cette queſtion par rapport aux meubles & aux immeubles légués. Quant aux immeubles, il dit qu'étant ſitués dans le premier domicile, il ne peut y avoir de difficulté, parce que la Loi du nouveau domicile ne peut pas faire Loi à des biens ſitués hors de ſon territoire, & je ſouſcris volontiers à cette déciſion ; mais par rapport aux meubles, il prétend que la diſpoſition ſubſiſtera, nonobſtant la prohibition de la Loi du nouveau domicile. *Ideo quod hoc teſtamentum factum fuit ab initio legitime in ea civitate in qua teſtator ſecundùm jus commune potuit uxori legare, tum etiam quod utile initium in teſtamentis ſpectatur. L. non omne, §. ulti. ff. de reg. jur. quod factum legitime non retractatur, etiamſi caſus eveniat à quo incipere non poſſet, L. in Ambiguis, §. novum, ff. laud. titu.* & voilà ce que je ne ſaurois approuver.

En effet, cette derniere déciſion me paroît combattre les principes généraux qui veulent que la Loi de la ſituation régiſſe les biens. Or, au jour du décès, qui eſt le moment où le teſtament prend ſon exécution, les meubles ſont ſitués en Coutumes prohibitives, donc le legs en queſtion des meubles ne ſauroit jamais ſubſiſter.

Ainſi ſi je ſouſcris à la premiere déciſion de Peckius, par rapport aux immeubles, c'eſt que le changement de domicile n'ôte pas aux conjoints *jus teſtandi*, & ne met dans leur perſonne qu'une incapacité réelle & dépendante de la ſituation des biens ; mais c'eſt préciſément cette incapacité réelle & dépendante de la ſituation des biens, qui me détermine contre la ſeconde déciſion de Peckius à l'égard des meubles, puiſque étant régis au jour du décès par une Loi prohibitive, cette prohibition doit avoir ſon exécution.

Mais que dirons-nous dans le cas du don mutuel entre conjoints ? Car ſi ces ſortes d'actes ne donnent aux conjoints aucun bien actuel, ſi les conjoints n'ont qu'une ſimple eſpérance & ne ſont ſaiſis de rien, néanmoins la diſpoſition en elle-même emporte un engagement actuel, *adeſt vinculum*, en ce que l'un ne ſauroit révoquer ſans l'autre, & aucun d'eux ne peut en fraude empêcher que le don mutuel ait ſon exécution au profit du ſurvivant.

Mais

Mais à cela on répond que les dons mutuels d'entre conjoints, tiennent plus de la nature des diſpoſitions teſtamentaires, que des diſpoſitions entre-vifs : il n'y a pas d'expropriation actuelle; les donateurs non-ſeulement reſtent en propriété & poſſeſſion de leurs biens; mais encore ils ſont les maîtres de les vendre & de les aliéner, *ſalvâ fraude ;* en ſorte que les dons mutuels n'ont leur accompliſſement qu'au jour du décès du premier mourant, & ſur les biens ſeulement qui ſe trouvent pour lors, & qui ſont ſuſceptibles du don mutuel, encore que non acquis, ni poſſédés au jour de ce don, ſuivant l'Arrêt du 28 Mai 1670, rapporté par Bardet, *tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 107; parce qu'effectivement dans ces ſortes de dons mutuels, on ne conſidere que le moment du décès, & cela eſt inconteſtable en conſidérant ces diſpoſitions dans leur exécution; de ſorte que ſi les conjoints au jour du don mutuel ont en général la capacité de donner, capacité d'état & de condition, leur donation emporte une diſpoſition qui, conſidérée en elle-même, ne peut être révoquée que du conſentement des deux parties, & qui eſt par conſéquent valable, *quantum ad vinculum ;* mais l'exécution dépend entiérement de la ſituation au jour du décès: ainſi ſi depuis le don mutuel, les conjoints ont changé de domicile, & ſont venus demeurer dans une Coutume, où par une prohibition qui n'eſt que pure réelle, les conjoints ne peuvent pas ſe faire de don mutuel, j'eſtime que n'y ayant point de changement dans les immeubles, ce changement de domicile n'agira que ſur les meubles, & c'eſt par rapport à ces meubles qu'il faudra ſuivre la Loi du dernier domicile.

Je ſais que l'on cite, pour l'opinion contraire, l'Arrêt du 16 Mars 1616, qui a jugé qu'une donation mutuelle faite par défunt M. Loyſel, Préſident en la Cour des Aides, & la Dame ſon épouſe pendant qu'ils étoient domiciliés en la Coutume de Senlis, auroit ſon exécution tant pour ceux ſitués ſous ladite Coutume, que pour ceux qui étoient ſous la Coutume de Paris, pour jouir par le mari ſurvivant du tout en propriété, conformément à la Coutume de Senlis; encore que depuis le don mutuel ils fuſſent venus à Paris où ils étoient demeurants au jour du décès de ladite dame Loyſel : mais ſi cet Arrêt n'a pas d'autres circonſtances, je le regarde comme un Arrêt ſolitaire, qui ne peut fixer une Juriſprudence.

De ce que deſſus il ſuit que ſi des conjoints qui ont capacité de ſe léguer, ou ſe donner par diſpoſition à cauſe de mort, avoient des fonds ſitués, partie en Coutumes permiſſives, partie en Coutumes prohibitives, le legs ou le don vaudroit pour les biens ſitués dans les premieres Coutumes, & ne vaudroit pas pour ceux ſitués dans les autres. *Quid ſi municipum lege, non urbis, univerſa bona teſtamento, aut contractu, vel extraneo, vel uxori dare liceat; num hujuſmodi actus in urbe omnino valebit, vel omnino inutilis erit, an potius partim valebit, partim corruet? .. placet ultima ſententia, ut ſaltem alteruter actus valeat quo loci valere poterit.* Godefroy, *L.* 20, *ff. de Juriſd.* & ſi aucunes de nos Coutumes permettoient de ſe donner en propriété, & les autres en uſufruit ſeulement, & que les conjoints ſe fuſſent donné en propriété, il faudroit réduire la donation aux termes de la Loi de la ſituation. Carondas en ſes réponſ. *lib.* 13, *R.* 86 *&* 101.

Mais ſi les conjoints s'étoient donné leurs biens, ſans parler, ni d'uſufruit, ni de propriété, ni d'aucune Coutume, Carondas dit qu'il a été jugé, en interprétant la volonté, qu'elle devoit ſe référer à la Loi du domicile, *R.* 64; j'aurois peine à ſouſcrire à cette déciſion: les parties ſont préſumées s'être conformées aux Loix de la ſituation.

Paſſons à une autre queſtion. Je ſuppoſe des conjoints domiciliés en Coutumes permiſſives, & qui ont des biens ſitués en Coutumes prohibitives: *vice verſâ* ils ſont domiciliés en Coutumes prohibitives de s'avantager, & ont des fonds ſitués en Coutumes permiſſives: ils les vendent, & s'en leguent le prix; Je n'héſiterois pas ſur ces queſtions, de décider en faveur de la Loi du domicile, au jour du décès, comme Loi de la ſituation, parce que le principe général eſt que c'eſt la Loi de la ſituation des biens qui donne, ou qui ôte aux héritages l'aptitude à être donnés entre conjoints, & que c'eſt au moment du décès que le conjoint ſurvivant a droit de faire valoir ſon legs, ou don ſur les biens qui, par la diſpoſition de la Loi de la ſituation, en ſont ſuſceptibles; ce qui s'applique aux meubles, comme aux immeubles, par le principe ci-devant poſé, que les meubles ſont régis par la Loi du domicile, comme Loi réelle, les meubles ayant une ſorte de ſituation dans le lieu où la perſonne demeure.

Notre Auteur a agité cette queſtion *in terminis*, dans ſon

Traité *de Jure conjugum, tit. de conjugum ſemel inter gratificandi poteſtate, n.* 37; & après avoir allégué tout ce que l'on peut dire de plus fort & de plus ſenſé pour la négative, il décide pour le parti contraire, bien entendu néanmoins qu'il n'y ait point de fraude, qui eſt toujours à excepter pour la déciſion de toutes ces queſtions.

Il rapporte l'autorité de Chopin ſur la Coutume d'Anjou, *tit. de donationibus inter conjuges, n.* 14, qui, ſelon Rodenburgh, a ſa véritable application au cas de fraude.

Chopin préſuppoſe un mari & une femme mariés & domiciliés en la Coutume de Chartres.

Dans cette Coutume chacun peut donner entre vifs tous ſes biens; ce qui a lieu même entre futurs conjoints, par contrat de mariage, ſauf la légitime des enfants qui doivent en naître; & à l'égard des conjoints actuels nobles, ou roturiers, ils peuvent ſe donner mutuellement, & en propriété, leurs meubles & conquêts immeubles, n'y ayant point d'enfants. La femme avoit fait donation de ſes acquêts à ſon mari, & ſans doute cette donation étoit par contrat de mariage: car autrement elle auroit été nulle, n'étant pas réciproque.

Cette femme avoit des héritages propres en Anjou, où il eſt dû remploi des propres aliénés ſuivant l'Article 336 de cette Coutume. Le mari, donataire des acquêts, avoit vendu les propres de ſa femme ſitués en Anjou, & en avoit employé le prix en acquiſitions d'héritages ſis à Chartres.

Chopin, ſur cette eſpece, demande ſi au moyen de la donation des acquêts, faite par la femme à ſon mari, il aura les acquiſitions faites à Chartres, du prix des héritages propres d'Anjou, & il répond pour la négative, par cette raiſon, qu'il falloit plutôt conſidérer la foi publique des conjoints, que la ſituation de leurs biens. *Ecquid verò ſi Carnutum municeps qui ab uxore quæſtuum donationem elicuerit, Andegava ipſius patrimonia divendat, ex iiſque receptum pretium collocet in emptionem Carnutenſium fundorum: iſtos ne licite uxorio munere poſſidebit? ita quidem videretur primo obtutu, cum prædiariæ res omnes ſuâ quæque prædiorum lege adminiſtrentur, L. ſi fundus, de evict. atqui in Carnutibus jacent donata latifundia liberi dominii & arbitrii, non apud Andes, quorum alioqui more Andium vir curare cogeretur rem uxoris ſalvam fore & uxoriis agris diſtractis, æque commodos rependere,* §. 366. *Eodem Andium ritu con-*

*jux nihil eorum capere ab uxore posset quæ hæreditatibus teneantur, nisi & ille vicissim patrimoniis instructus, munitusque foret : imo nec isto casu emptitia prædia donatione sibi assereret supra trientem*, §. 327, *Andeg. consuet. credibile est tamen maritum fraudandæ hujusce legis animo uxoria Andium bona distraxisse, ut indè partis aliis, apud Carnutes, latifundiis, libere potiretur uxoriâ liberalitate : quoniam ergò matrimonii honos, & publica fides conjugum intuenda potius quàm rerum conjugalium situs, par est quoque fraudatoris odio negotium ex lege fraudata decidi, non Carnutensis Provinciæ ad quam ille Andegavi fundi pretium, callide, subdoleque traduxerit, ut Jason arbitratur in* §. *item si quis in fraudem, Instit. de action.*

Cette déciſion eſt juſte dans l'eſpece de Chopin. Il y avoit un eſprit de fraude dans le mari donataire des acquêts de ſa femme, & cette fraude réſultoit de ſa propre démarche. Il avoit vendu poſtérieurement à la donation portée par contrat de mariage, les propres de ſa femme, & en avoit remplacé le prix en héritages ſis à Chartres; & ſoit qu'il ne fût donataire que de ce qui étoit véritablement acquêts au jour de la donation, ſoit encore qu'il le fût de ceux qui auroient pu appartenir à ſa femme par la ſuite, ce ne pouvoit être que de ceux qui ſeroient tels ſans fraude, & non de ceux qui ne ſeroient tels qu'aux dépens des propres. Les conjoints ſont préſumés ne l'avoir pas voulu autrement par leur convention. Cependant il vouloit indirectement profiter des propres de la femme qu'il avoit remplacés en héritages à Chartres. Chopin a donc cru que le mari n'avoit pas pu, par une converſion d'effets, augmenter ſes droits en dépouillant ſa femme de ſes héritages propres qu'elle ne lui avoit pas donnés; que ſi en raiſonnant toujours ſur l'eſpece de Chopin, la femme, après avoir vendu ſon propre ſitué en Coutume prohibitive, & l'avoir remplacé en Coutume permiſſive, les conjoints s'étoient fait une donation de tous leurs acquêts, je crois que pour lors le propre remplacé dans une Coutume permiſſive, feroit partie de la donation : le mari ne prendroit rien qu'en vertu d'une donation nouvelle permiſe par la Loi de la ſituation, & deux choſes ici concourroient; la Loi de la ſituation & la volonté préciſe & expreſſe des conjoints; & je le crois ainſi en conformité des principes généraux que j'ai allégués ci-devant, ſauf la ſuggeſtion, la violence, la ſurpriſe, qui ſont toujours à excepter; & c'eſt de

cette maniere que le décide Rodenburgh, *loc. ſupra cit. Cæterum extra hanc fraudis cauſam rectè dixeris maritum capturum donata ſibi prædia Hollandica, licet in eorum emptionem collocaverit pretium ex divenditis prædiis uxoris apud nos ſitis receptum. Cùm maritus libero gaudeat rerum commercio, adeoque extrà fraudem pœnam non mereatur, ſi quid lege permittente fecerit, aut ſi quâ in re, jure ſuo fuerit uſus.*

Chopin, dans l'eſpece que nous venons de rapporter, n'a décidé qu'une queſtion particuliere; mais ſur la même Coutume d'Anjou, *de connubiali bonorum ſocietate*, *n.* 4, il paroît avoir décidé en général, & abſtraction faite de toute circonſtance de fraude, que par rapport au prix des propres vendus, il falloit en décider par la Loi même où étoit ſitué le propre vendu. *È diverſo autem prædiarii cùm ſint cujuſque Provinciæ ritus, ac in ea ſitis prædiis jus dictitent, æquitas ſuggerit Lutetiani fundi pretium quem Andegavi conjuges alteri peculiare diſtraxerint, ab illius hærede repoſci, tanquam juſti patrimonii ſuccedaneum pro more Pariſienſi, nec ſocietatis mutuæ bonis permixtum, atque confuſum ex diverſa lege domicilii ipſorum Andegavenſis; quâ duce communes tantum res adminiſtrantur. Molinei ſcholiis ad* §. 254, *Aurelian. conſuet. Alioqui enim conjugum alterutri liberum foret Pariſienſ. ſui hæredii alienatione, bona largiri alteri in fraudem prædiariæ legis conjugalium ut donationum prohibitoriæ, ſic propriorum venditorum remuneratoriæ*, §. 232.

M. Réné Chopin décide, en cet endroit, pluſieurs choſes; la premiere, que entre conjoints le prix de l'héritage propre ſuccede à l'héritage même, & eſt régi par la Loi de l'héritage, *Lutetiani fundi pretium tanquam juſti patrimonii ſuccedaneum pro more Pariſienſi repoſci.*

La ſeconde, que ce prix n'entre pas dans la communauté de conjoints mariés dans une Coutume qui en exclut le prix des propres, *nec ſocietatis mutuæ bonis permixtum, atque confuſum ex diverſa lege domicilii ipſorum Andegavenſis; quâ duce communes tantum res adminiſtrantur.*

La troiſieme, qu'un conjoint ne peut pas donner à ſon conjoint le prix d'un héritage propre, quand par la Loi de la ſituation de ce propre, il ne peut pas donner le propre même, *alioqui enim conjugum alterutri liberum foret Pariſienſis ſui hæredii alienatione bona largiri alteri in fraudem prædiariæ legis.*

Mais il ne faut pas confondre ces différentes déciſions ; la premiere & la troiſieme ne paſſeront pas tout d'une voix.

En effet, comment la Loi de l'héritage peut-elle commander au prix de l'héritage ? Quand le domicile du vendeur n'y eſt pas, la prohibition de ſe donner entre conjoints eſt réelle; mais dès que le vendeur ne poſſede plus l'héritage, la Loi de l'héritage ne le regarde plus, & la Loi ſeule de ſon domicile peut commander aux deniers.

Il eſt vrai que ſi la Loi du domicile ne permet aux conjoints de s'avantager que de ſimples conquêts, ils ne le pourront pas du prix des propres; mais ce n'eſt pas *in vim prædiariæ legis*, mais *in vim legis domicilii ;* La Loi de l'héritage eſt entiérement étrangere aux conjoints. Auſſi vient-il d'être rendu un Arrêt qui eſt bien contraire aux déciſions de Chopin.

Nicolas Gambard, Médecin à Montdidier, avoit épouſé Madelaine Sonnet.

Il étoit convenu par leur contrat de mariage, qu'arrivant vente de biens apportés & rembourſement des rentes, le remploi en ſeroit fait pour tenir nature de propre aux futurs conjoints & à leurs héritiers de côté & ligne : ils avoient vend uun propre de la femme ſitué à Montdidier, où par l'Article 111, les conjoints ne peuvent ſe donner que le tiers des propres cenſuels, mais où ils peuvent ſe donner, ainſi qu'étrangers pourroient faire, tous leurs meubles, acquêts & conquêts immeubles.

Madelaine Sonnet avoit fait un legs univerſel au profit de Gambard ſon mari; les neveux de la teſtatrice prétendoient que le prix du propre ne pouvoit tomber en entier dans le legs univerſel, mais le tiers ſeulement, en argumentant par les principes de Chopin. Le prix de l'héritage repréſentoit l'héritage, & les conjoints n'en pouvoient diſpoſer que d'un tiers. Cependant par Arrêt de la Grand'Chambre, du 29 Décembre 1739, l'on jugea que, nonobſtant la clauſe du mariage qui ne formoit pas un propre de diſpoſition, le prix du propre vendu tomboit dans le legs univerſel ; plaidants M. Nolleau pour le mari, & M. du Chemin pour les neveux qui avoient déja ſuccombé pardevant les premiers Juges.

Il eſt vrai que les termes, *ainſi qu'étrangers*, de l'Article 111 de la Coutume de Montdidier, ont probablement mis la queſtion hors de tout doute : car inconteſtablement les étrangers auroient pu ſe léguer le prix de ce propre vendu ; mais cela

fait toujours connoître que c'eſt la Loi du domicile où les meubles exiſtent, qui décide dans ce cas, quant aux deniers des propres, au lieu que ſi le propre vendu avoit été remplacé dans une Coutume prohibitive, le mari n'en auroit pas pu être légataire.

Il y avoit eu précédemment un Arrêt du 17 Février 1730, rendu dans la même Coutume, au rapport de M. Carré de Montgeron, entre le ſieur Roche, légataire univerſel de Madelaine Flamand ſa femme, & les héritiers des propres paternels de la Dame Flamand, infirmatif d'une Sentence de Montdidier, & qui déboute les héritiers de leur demande, afin de remploi des propres de la femme, aliénés pendant le mariage. Voyez de Renuſſon, des Propres, *ch.* 4, *ſect.* 6, *& chap.* 6, *ſect.* 2; Ricard, des Donations, *part.* 3, *ch.* 10, *ſect.* 1, *n.* 1429; Lebrun, des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 1; & de la Communauté, *liv.* 3, *ch.* 2, *diſtinct.* 3.

Je conviens néanmoins que ſi le domicile avoit été dans une Coutume qui n'eût pas eu une diſpoſition auſſi indéfinie que celle de Montdidier, & qui eût limité aux conjoints le pouvoir de diſpoſer des propres à une certaine quotité, il ne ſeroit pas poſſible de donner dans le prix des propres une plus forte quotité, que dans le propre même. C'eſt ce qui a été jugé dans la Coutume du Poitou, par Arrêt du 12 Août 1677, par lequel le prix d'un propre vendu, appartenant à la femme, fut jugé ne point entrer dans un legs univerſel qu'elle avoit fait à ſon mari, *Journal des Audiences;* depuis il a été jugé la même choſe entre les Foucher & Papion, par Arrêt de la Grand'Chambre, du 7 Septembre 1711, au ſujet du don mutuel fait par des conjoints domiciliés en Poitou, & qui avoient vendu des propres de Poitou : j'ai traité cette queſtion dans la Diſſertation précédente.

Mais ma propoſition eſt que ſi des conjoints mariés en Coutume prohibitive, quoiqu'ils y fuſſent domiciliés au jour du don, & que les fonds vendus y aient été ſitués, venoient demeurer, à Montdidier par exemple, ils pourroient ſe donner le prix des propres vendus, parce que la Loi du domicile actuel eſt la Loi de la ſituation du prix du propre.

Ainſi quand l'héritage eſt vendu, ce ne peut plus être la Loi de la ſituation de l'héritage qui régit le prix; c'eſt la Loi du domicile au jour du décès du prémourant.

On convient que c'eſt la Coutume du domicile matrimonial qui décide ſi le prix du propre peut entrer en communauté; mais c'eſt la Loi du domicile actuel qui décide ſi le conjoint en peut profiter, *Jure donationis, aut jure legati* de ſon conjoint.

Quand donc la vente du propre précede le legs, il eſt difficile de préſumer la fraude; les conjoints, qui depuis ſe ſont légués, ſont au contraire préſumés l'avoir fait en connoiſſance de cauſe, & la libéralité s'exécute ſur les biens de la nature dont ils peuvent être au jour du décès, ſelon la Loi de leur ſituation, qui eſt celle du domicile actuel.

Je ne prévois qu'une ſeule objection: ce n'eſt, me dira-t-on, ni la Loi de la ſituation qu'il faut enviſager, ni la Loi du domicile des conjoints au jour de leur décès, mais uniquement la Loi du domicile matrimonial; parce que c'eſt, ſuivant cette Loi, que les Parties ſont préſumées avoir contracté, & que dans le ſyſtême de Me Ch. du Molin, *Conſ.* 53, toutes les diſpoſitions de la Loi matrimoniale paſſent en force de convention; mais j'ai détruit cette objection dans l'Obſervation précédente.

Je dis donc que ſi des conjoints, depuis le don mutuel, ont changé de domicile, ou s'ils ont changé la nature de leurs biens, & les ont, *ſalvâ fraude*, convertis en autres effets (ils avoient des meubles; ils ont acquis des immeubles; ils avoient des immeubles ſitués dans une Coutume; ils en ont acquis dans une autre où les diſpoſitions ſont différentes (je dis que le conjoint ſurvivant ne pourra recueillir en vertu du don mutuel, le prix des biens vendus, ou les biens convertis, qu'autant que les conjoints ſeront domiciliés au jour du décès, ou que les biens ſeront ſitués en Coutumes qui admettroient le don mutuel de ces choſes, & que le ſurvivant les aura, ſi ces Coutumes le permettoient.

En effet quel inconvénient y auroit-il plus grand dans ce cas que dans celui où le mari ayant vendu le propre de ſa femme ſis à Paris, l'auroit remplacé en fonds ſis en Normandie? Dans cette eſpece le mari auroit la jouiſſance du propre remplacé en Normandie, à titre de viduité: c'eſt ce que dit préciſément Baſnage, *art.* 382 de la Coutume de Normandie; mais ce qu'il peut prendre à titre de viduité en Normandie, parce que la Loi de la ſituation le lui donne, pourquoi ne le pourroit-il pas

pas prendre dans une autre Coutume, quand elle le lui donne à titre de don mutuel ?

Il s'eſt préſenté une eſpece aſſez ſinguliere rapportée par Papon en ſes Arrêts, *liv.* 17, *tit.* 2, *n.* 8, & par Chopin ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 3, *n.* 20.

Un homme & une femme s'étoient fait un don mutuel pendant l'ancienne Coutume de Vermandois, qui permettoit en pluſieurs Bailliages aux maris & femmes de s'avantager en propriété ; mais qui ne ſaiſiſſoit pas le donataire ſurvivant.

Depuis ce don mutuel, la Coutume avoit été réformée, & les dons mutuels entre maris & femmes ne furent permis qu'en uſufruit ; mais en même-temps il fut dit que le ſurvivant ſeroit ſaiſi.

La femme étoit décédée depuis cette réformation.

Deux queſtions s'éleverent. La premiere, ſi le don mutuel emporteroit la propriété conformément à l'ancienne Coutume, ou s'il ſeroit réduit au ſimple uſufruit conformément à la nouvelle. La ſeconde, ſi le mari ſurvivant avoit été ſaiſi ou non.

C'eſt-à-dire, que la queſtion fut de ſavoir ſi l'on ſuivroit l'ancienne, ou la nouvelle Coutume en tout, ou en partie, & Papon rapporte que par Arrêt du dernier Mai 1560, que Chopin date du dernier Mars, on jugea ces deux queſtions en faveur du mari, c'eſt-à-dire, on jugea qu'il avoit été ſaiſi, & qu'il auroit la propriété.

Ainſi on diſtingua les choſes compriſes dans le don mutuel, & la maniere de les obtenir.

Par rapport à la maniere de les obtenir, on jugea qu'encore que par l'ancienne Coutume durant laquelle le don avoit été fait, le ſurvivant ne fut pas ſaiſi, néanmoins le décès de l'un des conjoints n'étant ſurvenu que depuis la réformation de la Coutume qui ſaiſiſſoit le conjoint ſurvivant, il avoit été ſaiſi conformément à la nouvelle Coutume, & ce premier chef n'avoit aucune difficulté ; la Loi agiſſoit ſeule en ce cas & de ſon autorité, ſans préjudicier, ni nuire à aucun droit acquis : il ne s'agiſſoit que de la maniere de ſe mettre en poſſeſſion, & l'on ne pouvoit conſulter d'autre Loi que celle qui ſubſiſtoit au jour qu'il étoit queſtion de poſſéder.

Par rapport aux choſes, on jugea qu'il falloit ſuivre l'ancien-

ne Coutume, & de prime abord cette décision peut faire de la peine.

En effet, dans l'espece jugée, il s'agissoit d'un don mutuel: ces sortes de dons sont entiérement référés au moment du décès; & non-seulement le don mutuel ne peut être exécuté qu'après la mort, mais il ne peut être même que des effets qui se trouveront au jour du décès: c'est pourquoi le don mutuel, quant aux biens, est exposé à tous les cas fortuits qui pourront survenir dans le temps intermédiaire; les conjoints même ont la liberté de les aliéner, & le survivant ne peut prendre que les biens qui existent au jour du décès & de la nature dont ils peuvent être.

Ainsi l'exécution du don mutuel dépendant du moment du décès de l'un des conjoints, il ne faut envisager que ce moment pour déterminer ce que les conjoints ont pu se donner ou non: tous les cas fortuits intermédiaires tombent sur les biens, & je regarde comme un cas fortuit le changement & la réformation d'une Coutume à laquelle le survivant des conjoints n'a point de part, & à laquelle il doit se conformer. Voyez Lebrun de la Communauté, *liv.* 1, *chap.* 2, *n.* 56.

C'est parce que les actes qui ont trait à la mort & qui n'ont effet qu'à la mort, doivent se régler par la Loi qui a lieu dans ce moment, que l'ancienne Coutume de Péronne permettant de donner à l'un de ses enfants, à la charge d'un quint viager aux autres enfants, & la Coutume réformée exigeant un quint héréditaire, il fut jugé qu'une mere qui avoit donné avant la réformation, sous la charge d'un simple quint viager, étant décédée depuis, le quint devoit être héréditaire. Arrêt du 24 Avril 1584. Chopin sur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 2, *n.* 13.

C'est sur le même fondement que le même Auteur sur Paris, *liv.* 2, *tit.* 1, *n.* 13, a estimé que le remploi des propres des conjoints, aliénés pendant l'ancienne Coutume, qui n'exigeoit pas de remploi, devoit avoir lieu suivant la nouvelle, la dissolution de la communauté étant arrivée depuis la réformation. *Merito igitur anteriores actus quorum executio pendet à futuro rerum eventu, subsunt legi interim conditæ, non autem vetustiori contrariæ.*

Chopin ajoute que Me Ch. du Molin avoit été d'avis contraire sur la Coutume de Senlis, au sujet de l'Arrêt de Disque

ou Diſquey, ci-après cité; mais il eſt aiſé de ſentir que le Droit du douaire qui donna lieu à l'Arrêt, & toutes ſes prérogatives ſont acquiſes dès l'inſtant du mariage, quoique ſuſpendues. *Dies venit, ſed nondum ceſſit*, ce que l'on ne peut pas dire des autres eſpeces ci-deſſus.

Mais ce qui juſtifie la déciſion de l'Arrêt cité par Papon, eſt que par le Procès-verbal de la Coutume réformée, la nouvelle diſpoſition ne doit avoir lieu que pour l'avenir; elle ne rétrograde pas, au contraire elle confirme les actes du paſſé. Or, le don mutuel dont il s'agiſſoit, avoit été fait avant la réformation; le contrat étoit parfait autant qu'il pouvoit l'être; celui des conjoints qui devoit, ſurvivre avoit un droit à la propriété, quoique ſuſpendu juſques au jour du décès du prémourant, & la nouvelle diſpoſition n'y dérogeoit pas.

J'obſerverai à cette occaſion qu'il eſt des droits ſimplement convenus entre les parties, qu'une Loi nouvelle ne ſauroit nous ôter, quoiqu'ils ne ſoient pleinement acquis que depuis cette nouvelle Loi, & qu'il en eſt d'autres même pleinement acquis, qu'une nouvelle Loi peut nous enlever ſous une condition qu'elle met en notre pouvoir.

C'eſt ainſi pour exemple d'un droit acquis, & qui ne peut pas ſe perdre par une nouvelle Loi, qu'une Coutume donnant à une femme le choix du douaire coutumier ou du préfix, cette femme ſurvivante ne perdra pas ce droit d'opter, en cas que par une réformation de Coutume, le choix ſoit ôté à une veuve à qui il a été accordé un douaire préfix, & c'eſt le ſujet de la note de M^e^ Ch. du Molin ſur l'*art.* 183 de la Coutume de Senlis : l'ancienne Coutume donnoit le choix à la veuve de l'un ou l'autre douaire; la nouvelle le refuſe. *Male judicatum contra nepotes Ludovici* DISQUE, *quia contractus matrimonii factus erat, & ſuam formam acceperat anno* 1508, *ſub forma & conditionibus veteris conſuetudinis quæ debuit attendi, quamvis conjuges ſupervixerint poſt annum* 1540, *& ſic poſt novam conſuetudinem.*

Pour exemple préſentement d'un droit qui, quoique acquis, peut ſe perdre par le fait de l'homme ſurvenu depuis une nouvelle Loi, nous avons l'Arrêt fameux rapporté par Bacquet en ſon Traité des Droits de Juſtice, *ch.* 21, *n.* 22. Je vais tranſcrire ce que dit cet Auteur, parce que la queſtion fut magni-

fiquement débattue, & par conséquent jugée en grande connoissance de cause.

» Convient entendre que par le 24^e^ Article de l'ancienne » Coutume de Touraine, sous le titre des successions, étoit dit » que le survivant des deux conjoints jouiroit sa vie durant de » la moitié de tous les meubles & conquêts immeubles du » prédécédé, encore qu'il y eût enfants; & par le 99^e^ Article » de la nouvelle Coutume dudit Bailliage de Touraine, est dit » que si le pere ou la mere survivant ayant enfants se remarie, » il perd la jouissance des meubles & conquêts immeubles ap- » partenants à ses enfants : est advenu qu'un mari, après le dé- » cès de sa femme décédée pendant l'ancienne Coutume, ayant » joui quelque temps des meubles & conquêts appartenants à » ses enfants depuis la nouvelle Coutume, s'étant remarié est » mis en procès par ses enfants, afin de faire partage desdits » meubles & conquêts immeubles, & leur bailler moitié d'i- » ceux pour en jouir dès à présent, & rendre les fruits depuis » son dernier mariage, disant que s'étant remarié contre la » nouvelle Coutume, *peccaverat in legem municipalem, & in-* » *ciderat in pœnam à consuetudine constitutam*, qui étoit priva- » tion de son usufruit; aussi qu'étant convolé en secondes no- » ces, il avoit oublié le devoir paternel & l'affection paternel- » le; combien que le pere ou le mari eût remontré que le droit » d'usufruit lui avoit été incommutablement acquis pendant » l'ancienne Coutume; que les Loix *dabant formam futuris ne-* » *gotiis, & non præteritis*, & n'avoient point effet rétroactif, » *L. Leges C. de legib.* que *novæ Leges, constitutiones, vel consue-* » *tudines, aut nova Statuta nunquam extendebantur ad actum* » *perfectum, completum & consummatum, & in hujusmodi actu* » *novæ Leges nullo modo considerabantur, ut notat. Bar. in* » *L. omnes populi, col. 29, ff. de just. & ju. Panor. & cæteri* » *adnotant in Cap. fi. extra de const.* Aussi qu'il étoit certain, & » sans doute que par l'ancienne Coutume de Touraine, le mari » survivant ou la femme survivante, se remariant, ne perdoit » point son usufruit, encore qu'il eût enfant ou enfants du » dernier mariage; que *pactum, & Statutum parificantur*, telle- » ment que l'usufruit des meubles & conquêts immeubles, » lui étant baillés par la Coutume, c'est autant que s'il étoit » convenu par son contrat de mariage qu'il auroit ledit usu-

» fruit, laquelle convention ne pourroit être tollue, encore » qu'il ſe remariât, ſi du ſecond mariage n'étoit fait expreſſe » mention par le contrat, *L. fi. C. de fidejuſ. L. circa locatio-* » *nes*, *C. de locato*. Néanmoins par Arrêt ſolemnellement pro- » noncé le 27 Mars 1584, en confirmant la Sentence donnée » par le Bailli de Touraine, & infirmant la Sentence don- » née par le Juge de Bleré, le pere, nommé Philippe Chappelot, » a été condamné faire partage à ſa fille des meubles & con- » quêts immeubles demeurés par le trépas de ſa défunte mere, » qui avoit été femme dudit Chappelot, laiſſer jouir ſadite » fille de moitié d'iceux, en rendre les fruits depuis qu'il s'étoit » remarié, & condamné ès dépens de la cauſe d'appel. Voyez Brodeau ſur Louet, *Let. N. ſomm.* 8, où l'eſpece eſt rapportée tout au long. Chopin ſur Anjou, *lib.* 3, *chap.* 2, *tit.* 2, *n.* 13, fait mention du même Arrêt.

Voyez ſur cette maxime que les Loix *dant normam futuris negotiis non præteritis*, Ricard en ſon Traité de la Repréſentation, *n.* 59.

Mais, *quid Juris?* ſi des teſtateurs alloient demeurer dans une Coutume qui leur fît perdre *jus ipſum teſtandi ;* ils ont, par exemple, teſté, étant domiciliés dans une Coutume où ils avoient l'âge pour teſter, & ils viennent demeurer dans une Coutume où ils perdent ce droit de teſter, parce qu'elle requiert un âge plus avancé.

J'obſerverai que ſur cette eſpece, les Loix Romaines, ces ſources de lumieres, ne ſauroient nous éclairer, parce que dans l'Empire Romain, il n'y avoit qu'une Loi uniforme : le capable d'une capacité d'état étoit tel par tout l'Empire, en vertu de la même Loi, & le changement de domicile ne faiſoit par conſéquent aucun changement dans ſa perſonne : il n'y avoit pareillement qu'une même Loi qui défendît à certaines perſonnes de donner, & elles portoient cette prohibition par-tout où elles pouvoient aller demeurer, parce que par-tout elles retrouvoient la même Loi. Auſſi M. Jacques Godefroy, le plus excellent Commentateur que nous ayons ſur les regles de Droit, ce que j'ai ſouvent ouï dire à défunt M. Malzard, un des plus grands Juriſconſultes de nos jours, n'a entendu toutes les Loix par nous citées en tête de cette Obſervation, que d'incapacités, ou de vices abſolus & indépendants des lieux, & encore de vices qui attaquoient la forme & la ſubſtance des actes.

Ainſi, ſelon Godefroy, un teſtament vicieux dans ſon principe, parce que le teſtateur n'avoit pas *jus teſtandi*, n'aura pas lieu, encore que par la ſuite il acquiere ce droit : il en eſt de même, du moins en droit Romain, ſi le pere a prétérit ſon fils : voyez l'Ordonnance de 1735, *art.* 53, qui preſcrit le contraire parmi nous, pour ce cas; de même encore ſi la perſonne inſtituée étoit incapable d'accepter l'hérédité au jour de l'inſtitution d'une incapacité d'état, *veluti quia peregrinus erat ;* ces Loix s'entendent, dit Godefroy, d'une inſtitution inutile, *quæ nullâ expreſſâ teſtatoris voluntate, vel legis diſpoſitione ſuſtinetur*, & non pas d'une inſtitution qui peut être utile par la ſuite : *quæ etſi momento conditi teſtamenti, vel hæreditatis aditæ utilis eſſe, & in effectum deduci non poteſt, attamen eo tempore utilis futura eſt quo eam utilem eſſe voluit, ſive lex, ſive teſtator.*

C'eſt pourquoi preſque tous nos Auteurs exceptent de ces Loix les incapacités purement paſſageres, *cùm cauſa prohibitionis eſt temporaria*, &, dans ce cas, ce qui eſt nul dans ſon principe, *non ſolo tractu temporis convaleſcit, ſed novo quodammodo conſenſu, & voluntate convaleſcere poteſt.*

Si nous ſuppoſions que le changement de domicile n'opere dans les teſtateurs dont nous parlons, qu'une ſimple incapacité purement réelle, & non pas une incapacité d'état, il eſt bien certain que le changement de domicile n'opéreroit rien, qu'autant que les effets ſe trouveroient régis par la Loi du nouveau domicile; au moyen de quoi, par l'événement, ce changement pourroit n'agir que ſur les meubles, comme étant ſeuls changés de ſituation.

Mais nous ſuppoſons un homme qui a atteint un certain âge, & qui demeure dans une Coutume où à cet âge l'on a *jus teſtandi ;* il fait ſon teſtament, & vient demeurer dans une Coutume qui ne lui donne ce droit qu'à un âge plus avancé, & il décede avant que d'être parvenu à cet âge : ſon teſtament ſera-t-il valable ?

Ricard a agité la queſtion en ſon Traité des Donations, *n.* 806. Voici comme il s'explique.

Que dirons-nous de cette queſtion qui m'a été propoſée ? » Un particulier étant demeurant dans une Coutume qui per- » met de teſter à vingt ans, fait ſon teſtament, & enſuite va » établir ſon domicile ſous une autre Coutume qui ne permet

» de diſpoſer qu'à vingt-trois ans, & vient à mourir auparavant » que d'avoir acquis cet âge : on demande ſi le teſtament doit » être exécuté ». J'ai répondu pour la validité de l'acte, ſuivant le principe que j'ai établi ; parce que le teſtament ayant » été fait par une perſonne capable, eu égard au temps auquel » il a diſpoſé, & n'ayant depuis contracté aucune incapacité » qui procede de l'indignité, c'eſt le cas auquel nous avons dit » que la capacité du teſtateur n'eſt pas néceſſaire au temps de ſa » mort ; il ſuffit qu'elle ſe ſoit rencontrée, lorſque le teſtament » a été fait » ; ce qu'il répete, *n.* 334 de ſon Traité du Don Mutuel.

Cet avis de Ricard ne laiſſe pas que d'avoir ſa difficulté.

En effet, tout le monde ne ſe contentera pas de cette ſeule raiſon, que le teſtateur n'a pas contracté d'incapacité provenant d'indignité depuis ſon teſtament : ce principe n'a pas toujours lieu. Celui, par exemple, qui ſe donnoit en adrogation, ne contractoit pas d'indignité, & cependant ſon teſtament étoit infirmé.

Chez les Romains on n'examinoit qu'une choſe : *le teſtateur a-t-il changé d'état & de condition depuis ſon teſtament ?* Au premier cas, *infirmabatur teſtamentum ;* au ſecond cas, *valebat teſtamentum.*

Mais ne peut-on pas dire qu'un homme qui change de domicile, & qui ayant la capacité de teſter, va demeurer dans une Coutume qui ne la lui donne pas, ou plutôt qui la lui ôte, change effectivement d'état ?

Dans nos mœurs il n'eſt pas extraordinaire que le changement de domicile change ſouvent l'état & la condition de la perſonne. La femme eſt ſous la puiſſance de ſon mari, parce qu'elle eſt domiciliée dans un endroit, & elle n'y eſt plus, parce qu'elle va demeurer dans un autre.

Chez les Romains l'état d'une perſonne, pour teſter, conſiſtoit à être homme libre, Citoyen Romain, & à ne point être ſous la puiſſance d'autrui. Celui qui étoit dans ces trois cas, avoit la faculté de teſter, encore que cette faculté pût être empêchée par quelque raiſon ſurvenante, mais qui ne préjudicioit pas à ſon état.

Communément parmi nous l'état de l'homme ne dépend pas toujours de ces trois cas : l'homme ſoumis même à l'autorité d'autrui, le mineur, par exemple, quoique ſous l'autorité

d'un tuteur, peut teſter, quand il a atteint un certain âge.

C'eſt pourquoi la faculté & capacité de teſter ne dépend pas de la capacité d'état de gérer ſes affaires entre vifs : je regarde la capacité de teſter, comme formant un état pour cette nature de diſpoſition, comme je regarde la majorité un état néceſſaire pour aliéner.

Ainſi un homme qui change de domicile, perdant, ou acquérant la capacité de teſter, perd un état qu'il avoit, ou en acquiert un qu'il n'avoit pas auparavant, & l'on peut dire que *mutatur ejus conditio.*

Il n'en eſt pas de la perte de la capacité de teſter, comme de la ſimple perte de l'exercice de cette capacité cauſée par la perte du jugement & de la raiſon. Celui qui tombe en démence conſerve ſon état, parce qu'il ne ceſſe pas d'être libre, d'être Citoyen & d'être pere de famille ; en ſorte que la faculté de teſter dans le furieux, l'imbécille, &c. n'eſt, pour ainſi dire, que liée & arrêtée *propter defectum voluntatis.*

Mais la faculté de teſter parmi nous, formant un état particulier, quiconque n'a pas cette faculté par la diſpoſition de la Loi, n'a pas l'état habituel néceſſaire pour teſter : on ne peut pas dire que ſa faculté eſt ſimplement liée & arrêtée, il n'en a point abſolument ; le droit foncier, pour ainſi dire, ne réſide pas en lui : on ne peut pas dire ſimplement qu'il eſt privé de l'exercice ; mais il n'a réellement, ni faculté, ni puiſſance, & je ne ſaurois croire que la perte d'une pareille faculté ne change pas l'état d'un homme conſidéré dans le cas de diſpoſer par teſtament.

Ce que nous venons de dire n'eſt que pour argumenter par ſuite des principes, & en tirer les conſéquences naturelles qui en réſultent, & cela auroit, ſelon moi, rigoureuſement lieu dans le cas d'un homme qui ayant teſté domicilié dans une Coutume qui lui donnoit *jus teſtandi*, viendroit demeurer librement & volontairement dans une autre Coutume qui lui refuſeroit ce droit indéfiniment, & ſans reſtriction, parce qu'il doit s'imputer de s'être volontairement placé dans cet état d'impuiſſance.

C'eſt pourquoi j'embraſſe volontiers, par un principe d'équité, plutôt que par regle, l'avis de Ricard dans le cas d'un mineur qui ayant valablement teſté dans une Coutume où il étoit domicilié, & où il avoit l'âge compétent, ſeroit obligé de

de ſuivre ſes pere & mere qui viendroient demeurer dans une Coutume qui exigeroit un âge plus avancé, parce que le fils ſe tranſportant par néceſſité dans ce nouveau domicile, & tombant dans le cas de ne pouvoir pas vouloir, il paroît juſte de venir à ſon ſecours, & d'exécuter les volontés qu'il a marquées dans un temps où il avoit la libre faculté de vouloir.

C'eſt ainſi que j'ai dit en *l'Obſervation* 34, que la femme domiciliée dans une Coutume qui lui permet de teſter, ſans l'autoriſation de ſon mari, ayant fait ſon teſtament, & venant avec ſon mari demeurer dans une Coutume où elle a beſoin de ſon autoriſation, ſon teſtament ne laiſſeroit pas de ſubſiſter.

C'eſt encore ainſi qu'Everard, par rapport à l'Ordonnance que nous avons rapportée ci-devant, décide que le batard qui pouvoit valablement faire un teſtament, en ayant fait un avant l'Ordonnance qui le défendoit aux batards, le teſtament de ce batard ne laiſſoit pas de ſubſiſter, parce qu'il l'avoit fait dans un temps permis; que depuis l'Ordonnance il n'a plus la faculté de vouloir; que cet obſtacle ne vient pas de lui, n'eſt pas de ſon choix, & qu'il n'eſt pas juſte de le priver d'un droit dont il a valablement uſé.

Mais ſi le mineur âgé de dix-huit à vingt ans, & qui a fait un teſtament, vient librement, & de ſon choix, demeurer dans une Coutume qui ne lui permet de teſter qu'à vingt-cinq ans, ce mineur perdant la faculté qu'il avoit de teſter, retombant dans l'impuiſſance naturelle où ſont tous les hommes qui ne ſont pas aidés de la Loi, & ce changement arrivant de ſon choix, c'eſt le cas d'appliquer la ſévérité des principes. Ce mineur change d'état quant à ce, & perd librement & volontairement la faculté qu'il avoit auparavant, & il faut juger de la validité de ſon teſtament, par l'état actuel où il ſe trouve au jour de ſon décès. Voilà la rigueur des principes.

Il faut donc, ſelon moi, diſtinguer entre les incapacités d'état & abſolues de faire un teſtament, qui peuvent ſurvenir par un changement volontaire de domicile, & celles qui peuvent ſurvenir par un changement forcé. Par rapport aux premieres, je me tiens aux regles générales, & je fléchis par rapport aux ſecondes: il faut encore diſtinguer les incapacités particulieres & réelles portées par nos Coutumes, qui peuvent ſurvenir de quelque cauſe que ce ſoit: car par rapport à celles-ci, le changement de domicile n'influe pas ſur la perſonne; il

n'influe que ſur les biens que la nouvelle Loi régit, & nullement ſur les biens qu'elle ne régit pas.

Si un mineur domicilié au jour de ſon teſtament, dans une Coutume qui le rend capable de teſter à dix-huit ans, & après être venu volontairement demeurer dans une Coutume où il en faut vingt-cinq, parvenoit à vingt-cinq ans, pour lors il ne faudroit plus faire attention au temps intermédiaire, comme nous l'avons dit ci-devant.

Delà il eſt facile de décider la queſtion de ſavoir, ſi une perſonne ayant l'âge de teſter, mais n'ayant pas l'âge ſuffiſant pour diſpoſer par teſtament de ſes propres, & en ayant néanmoins diſpoſé, parvenoit par la ſuite à l'âge requis; ſi, dit-on, ce teſtament pourroit ſubſiſter, & l'on voit que le teſtateur ayant capacité de faire un teſtament, il ne trouve d'obſtacle, quant aux propres, que dans la diſpoſition réelle, & que cet obſtacle ceſſe par l'âge ſurvenu; en ſorte qu'au jour du décès il ſe trouve un teſtament valable en lui-même, puiſque la perſonne étoit capable de teſter, & valable, quant aux biens, par la diſpoſition réelle.

## *DEUXIEME QUESTION.*

La Loi défend au mineur de diſpoſer par teſtament, au profit de ſon tuteur, & elle défend au tuteur de recevoir de ſon mineur. *His poſitis*, le mineur legue à ſon tuteur, & depuis il devient majeur, ou bien le tuteur ceſſe d'être tuteur, & n'a pas encore rendu compte: le legs ſubſiſtera-t-il, ou doit-il être déclaré nul?

Il eſt certain que la Loi met dans le tuteur & dans le mineur une incapacité; ſavoir, dans le premier, de recevoir de ſon mineur; & dans le ſecond, de donner à ſon tuteur. Cette incapacité n'eſt pas abſolue; c'eſt-à-dire, que ſi le mineur ne peut pas léguer à ſon tuteur, il peut néanmoins léguer à un autre, & que ſi le tuteur ne peut pas recevoir de ſon mineur, il peut recevoir de tout autre. Ce n'eſt donc qu'une incapacité relative; cette incapacité n'eſt pas même relative *ex utraque parte*: car ſi le mineur ne peut pas léguer à ſon tuteur, celui-ci peut léguer à ſon mineur.

L'incapacité du mineur & du tuteur eſt donc fondée ſur l'autorité de l'un & ſur la dépendance de l'autre, qui rendent la diſpoſition du mineur ſuſpecte, & font craindre qu'elle ne

parte pas d'une volonté libre. C'eſt *impedimentum mixtum conſideratione legantis, & legatarii proveniens ex utriuſque perſona ;* ce ſont les perſonnes qui, à raiſon des qualités actuelles qui les affectent, ſont prohibées généralement, indéfiniment, & abſtraction faite de la ſituation des biens.

On ne pourroit pas dire la même choſe dans l'eſpece des conjoints : la relation eſt effectivement du conjoint à l'autre conjoint, mais dépendammment de la ſituation des biens ; en ſorte que cette relation ceſſe dès que les biens ſe trouvent ſituées dans des Coutumes différentes.

Qu'on ne diſe pas que dans l'eſpece du mineur qui legue à ſon tuteur, la relation qui eſt la raiſon de la prohibition ceſſe, dès que l'on ceſſe d'être mineur, & que l'autre ceſſe d'être tuteur : car ſi la raiſon de la prohibition ceſſe, la Loi ayant mis un vice eſſentiel dans la diſpoſition, cette diſpoſition, nulle dans ſon principe, ne peut jamais être rendue valable par la ſuite.

C'eſt ainſi que Me Jean-Marie Ricard, en ſon Traité des Donations, *part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 18, *n.* 804, a décidé l'eſpece qui vient d'être propoſée. » Notre Droit François, dit-il, a établi » de nouvelles incapacités établies ſur des fondements qui » n'ont rien de commun avec ceux du Droit Romain, comme » ſont celles des mineurs & autres perſonnes ſoumiſes à l'autori- » té d'autrui, qui ſont interdits de diſpoſer en faveur de leurs » tuteurs & autres Adminiſtrateurs ; ce genre d'incapacité ayant » pour fondement l'empire qu'a le légataire ſur la volonté du » teſtateur, il ſuffit que l'empêchement ſe trouve, ſoit au temps » que le teſtament eſt fait, ou lors de la mort du teſtateur ; » parce que s'il eſt néceſſaire qu'il ſoit en pleine liberté, lorſ- » qu'il teſte, il n'eſt pas moins requis qu'il la conſerve au temps » de ſon décès, attendu qu'il doit mourir dans une pareille li- » berté de pouvoir le révoquer ; à quoi il convient encore pou- » voir ajouter que cette incapacité eſt reſpective entre le tu- » teur & le légataire, non pas pour faire que le tuteur ſoit in- » capable de donner à ſon pupille, comme le mineur ne peut » pas donner à ſon tuteur, mais par la conſidération de ce que » l'incapcité regarde la perſonne de l'un & de l'autre, étant dé- » pendant de la relation qu'ils ont enſemble ; ce qui fait en- » core qu'elle doit ceſſer au temps de l'échéance du legs, parce » que tout légataire doit être capable dans le temps.

## OBSERVATION XXXVII.

*Sur le Douaire.*

RODENBURGH finit ce Chapitre par la queſtion de ſavoir quelle Coutume doit régler le douaire; ſi c'eſt celle du mariage ou celle du domicile, au jour du décès de l'un des conjoints, quand ils en ont changé depuis leur mariage, & il diſtingue entre le douaire préfix & le coutumier, par rapport au douaire préfix qu'il ſuppoſe être convenu en immeubles: le ſens de ſa déciſion eſt que la convention doit être exécutée par-tout, ſi la Loi de la ſituation par une diſpoſition prohibitive, ne contredit pas cette convention, & ſi elle la contredit, il eſtime que la convention ſe convertit en action.

Faiſons quelques réflexions ſur cette premiere déciſion.

Pour la mettre dans un juſte point de vue, il faut préſuppoſer que les conjoints en ſtipulant un douaire préfix en immeubles, ne l'ont pas ſtipulé tel qu'il eſt accordé par les différentes Coutumes de la ſituation, c'eſt-à-dire, qu'il faut préſuppoſer que ce douaire préfix ſtipulé en immeubles, eſt moindre, ou plus grand que le douaire coutumier accordé par chacune des Coutumes de la ſituation: car ſi les conjoints étoient convenus que le douaire ſeroit de ce que chaque Coutume accorde à la veuve & aux enfants, je croirois que ce douaire ne ceſſeroit pas d'être coutumier; les parties dans ce cas n'auroient voulu que ce que les Coutumes de la ſituation auroient voulu elles-mêmes: elles ſe ſeroient réglées ſuivant l'intention des Coutumes; elles n'auroient rien ſtatué de particulier, & qui y dérogeroit: la convention ſeroit moins diſpoſitive qu'énonciative, & tranſcriptive du Droit légal & réel de chaque Coutume, & il n'y auroit pas lieu d'examiner ſi la Loi de la ſituation contredit ou ne contredit pas la convention.

Auſſi notre Auteur définit-il, *ch.* 4, *tit.* 3, que s'il a été convenu entre conjoints que la femme aura le douaire que lui donnent les Loix, (ce qui eſt préciſément convenir du douaire coutumier de chaque Coutume,) cette convention ne ſera pas entendue du douaire preſcrit dans le lieu du mariage, ni de

celui preſcrit par la Loi du domicile, mais bien de celui que les différentes Coutumes de la ſituation peuvent donner.

Je crois que cette déciſion auroit pareillement lieu, ſi le douaire étoit ſtipulé coutumier en général, ſans le référer nommément & ſinguliérement à chacune des Coutumes de la différente ſituation des biens, parce qu'en ce cas il ne ſeroit pas raiſonnable de ſuppoſer que les parties n'ont eu en vue que le ſeul douaire de la Coutume du domicile matrimonial, & il ſeroit plus de la regle de préſumer qu'ils ont enviſagé celui de toutes les différentes Coutumes de la ſituation, & il faudroit dans ce cas le régler pour la quotité & pour la nature des biens ſujets au douaire, comme vraiment coutumier, & par les Loix de la ſituation des biens.

Ce douaire, quoique coutumier, peut en un ſens être dit un douaire préfix, en ce que l'hypotheque en remonte au jour du contrat de mariage.

Que ſi les biens étant répandus en différentes Coutumes, le douaire étoit ſtipulé conformément à une ſeule Coutume limitée & convenue, dans ce cas les parties ayant voulu modeler le douaire des différentes Coutumes ſur une ſeule, il eſt vraiment & totalement préfix.

Ce que nous venons de dire, nous le diſons d'après M^e^ Jean-Marie Ricard, *art.* 261 de la Coutume de Paris. Pour reconnoître, dit-il, ſi un douaire eſt préfix ou coutumier, il ne faut pas prendre garde s'il eſt laiſſé à la diſpoſition de la Coutume pour l'appeller coutumier en ce cas ſeulement, ou bien s'il eſt fixé & arrêté entre les parties pour l'appeller préfix : car ſi le douaire convenu eſt ſemblable au coutumier, par exemple, s'il eſt ſtipulé qu'il ſera de la moitié, &c. il ne laiſſe pas que d'être coutumier, parce qu'en ce cas les parties ſe ſont réglées ſuivant l'intention de la Coutume, & n'ont rien ſtatué de particulier pour détruire ce que la Coutume a établi ; de ſorte qu'un douaire, pour être dit préfix, doit être moindre ou plus grand qu'il n'eſt preſcrit par la Coutume.

L'examen de la déciſion de notre Auteur, ne peut donc tomber que dans le cas où le douaire préfix convenu en immeubles, ſeroit véritablement un douaire de convention, & différent du coutumier, ou même ſi le douaire étoit ſtipulé coutumier, mais conformément à une certaine Coutume : car il ſeroit en ce cas vraiment de convention, & c'eſt pour lors qu'il s'agit

de diſcuter ſi la Loi de la ſituation ne s'oppoſe pas à la convention.

C'eſt un principe en matiere de Statuts que les Loix commandent aux héritages ſitués dans l'étendue de leur domination, qu'on ne ſauroit leur diſputer ce droit, quand leurs diſpoſitions ont les biens principalement en vue.

Mais ces diſpoſitions de nos Coutumes peuvent être ſimplement négatives, ſans prohibition d'une convention contraire, ou être encore négatives prohibitives de toute autre convention; & avant que de propoſer aucune queſtion particuliere, il eſt bon d'examiner ce qui eſt requis pour former ces ſortes de Statuts, & les diſtinguer entre eux.

Je trouve qu'il y a deux ſortes de Statuts purement négatifs: les uns qui ſont conçus en termes expreſſément négatifs, & les autres négatifs ſous une forme affirmative.

Les Statuts expreſſément négatifs ſont ceux qui ordonnent & qui diſpoſent en termes négatifs, par exemple, ce Statut de la Coutume de Meaux, *ch.* 2, *art.* 10; douaire ſoit préfix ou coutumier, n'eſt propre aux enfants de la perſonne douée: de même Sens, *art.* 163; Montfort, *art.* 139; Mantes, *art.* 136: cet autre: il n'y a point de repréſentation en ligne directe, ni collatérale: ces Coutumes diſpoſent & ordonnent en termes négatifs.

Les autres Statuts négatifs, ſous une forme affirmative, ſont ceux qui dans une diſpoſition affimative excluent tacitement la choſe contraire: ainſi ce Statut de la Coutume d'Orléans: le douaire de la femme eſt perſonnel; celui-ci de Château-Neuf, *art.* 58: le douaire par le trépas de la femme ſe finit & s'éteint; & cet autre de la Coutume d'Auxerre: tous douaires ſont viagers: ſont des Statuts qui, ſous des termes affirmatifs, renferment tacitement une négation d'un douaire perpétuel, propre à la femme & aux enfants.

Les Statuts négatifs nient bien la choſe, mais ne contiennent pas toujour une prohibition de convenir de la choſe: par exemple, une Coutume porte que le douaire n'eſt que viager à la femme, & non propre aux enfants; rien n'empêche dans cette Coutume, (ſi d'ailleurs il n'y a pas quelqu'autre diſpoſition contraire) de convenir que le douaire ſera propre à la femme, ſi elle ſurvit ſans enfants, & propre aux enfants en cas qu'il y en ait, & c'eſt pour ces Coutumes qu'il eſt vrai de dire

que la diſpoſition de l'homme fait ceſſer la diſpoſition de la Loi.

Mais outre ces premiers Statuts, il y en a qui ſont en même-temps négatifs & prohibitifs, c'eſt-à-dire, qui diſpoſent, & qui en diſpoſant, excluent toutes ſtipulations & conventions au contraire.

Tel eſt ce Statut de la Coutume du Boullenois, *art.* 95.

Le mari ne peut avancer ſa femme, ni la femme ſon mari, par don entre vifs, ni par teſtament.

Tel eſt encore l'*art.* 337 de la Coutume de Tours, & généralement tous les Statuts ſemblables; ces Statuts ſont non-ſeulement négatifs de tout avantage entre conjoints, mais encore prohibitifs. Voyez Pallu ſur ledit article.

Il en eſt de même de ceux-ci, la femme ne peut avoir don & douaire enſemble ſur les héritages immeubles de ſon mari; Anjou, *art.* 310; & Maine, *art.* 323; Poitou, *art* 266; Bretagne, *art.* 206.

Les Statuts négatifs prohibitifs ne ſont pas tous prohibitifs d'une prohibition également étendue; mais la prohibition eſt plus ou moins reſtreinte dans l'eſprit de certaines Coutumes. Je m'explique.

En Maine & en Anjou, la prohibition du concours du don & du douaire, eſt indéfinie ſur les immeubles du mari, & la femme n'a que l'option, ou du douaire, ou de la donation ſur les immeubles; mais elle peut être donataire des meubles & douairiere ſur les immeubles.

Cette Coutume a fait naître une queſtion que mon Lecteur ne ſera pas fâché de trouver ici: elle a relation à notre matiere; je la donne avec la Conſultation que j'ai faite.

» Le Conſeil ſouſſigné, qui a vu le contrat de mariage du » ſieur M*** fait & paſſé dans la Coutume du Maine, entre » domiciliés, en préſence & du conſentement de la Dame » veuve ſa mere, par lequel il accorde à ſa future, douaire » en cas de droit ſur ſes biens, dont les fruits courront du » jour qu'il aura lieu, renonçant la future au demi-douaire, en » cas de ſurvie de la mere du futur, après le décès de laquelle » elle aura le douaire entier.

» Par une autre clauſe du même contrat, il eſt dit que pour » la bonne amitié que les futurs ſe portent, ils ſe ſont fait, entre » vifs, don mutuel & réciproque de tout ce que les Coutumes

» de la situation de leurs biens permettent à gens libres de se » donner.

» Consulté sur la question de savoir si le sieur M*** étant » mort avant sa mere, sa veuve qui s'est portée donataire de » ses immeubles, peut prétendre encore être douairiere, non » pas sur les mêmes immeubles de son mari, mais bien sur ceux » de sa mere décédée depuis.

» On pourroit même encore raisonnablement demander si » cette veuve qui, au moyen de la qualité de donataire des im- » meubles de son mari, ne peut plus être douairiere sur les mê- » mes immeubles au Maine, pourroit être douairiere sur les » immeubles situés ailleurs, & même douairiere & donataire » dans les Coutumes de compatibilité.

» Est d'avis, pour écarter d'abord toutes questions étrangeres, » qu'il n'y a pas de difficulté que cette veuve auroit pu être douai- » riere sur les immeubles, & donataire tout ensemble des meu- » bles de son mari. L'article 323 de la Coutume du Maine » en contient une disposition précise.

» Elle auroit pu encore être douairiere au Maine & par-tout ail- » leurs, & être dans les Coutumes de compatibilité douairiere » & donataire. Mais cette même veuve peut-elle être donataire » des biens immeubles de son mari, situés au Maine & par-tout » ailleurs, & encore douairiere dans la même Coutume, sur » les biens de la mere de son mari, décédée depuis lui? Voilà » le véritable objet de la Consultation.

» Le Conseil soussigné est d'avis, sur cette question, que cela » ne se peut, & que la prétention de la veuve seroit littérale- » ment contraire aux termes & à l'esprit de la Coutume du » Maine.

» En effet, l'Article 323 de cette Coutume porte expressé- » ment que femme noble, ou coutumiere, ne peut avoir don » & douaire sur les héritages de son mari; il est seulement à » son choix de prendre l'un, ou l'autre, & en choisissant l'un, » elle est forclose de l'autre.

» Or, dans le fait, la veuve n'a pas voulu être douairiere de » son mari : elle s'est renfermée dans la qualité de sa donataire » en meubles & en immeubles : elle est donc, aux termes de » l'Article 323, forclose de la qualité de douairiere au Maine, » sur quelques biens du Maine que ce puisse être.

» On ne peut résister à cet argument tiré du texte même de » la

» la Coutume du Maine, & la veuve qui ne prétend point de » douaire ſur les biens de ſon mari, ſitués au Maine, n'en pour- » roit prétendre ſur ceux de la mere de ſon mari, qu'en pré- » ſuppoſant dans cette Coutume deux douaires indépendants » l'un de l'autre, & entiérement détachés, le premier ſur les » biens du mari, & le ſecond ſur les biens des pere & mere du » mari décédés depuis lui, en ſorte que l'on puiſſe répudier l'un » & accepter l'autre; c'eſt-à-dire, répudier le douaire ſur les » biens du mari, & en être donataire, & accepter encore le » douaire ſur les biens des pere & mere. Ce ſyſtême ſeroit une » véritable illuſion: l'Article 323 exclut don & douaire au Mai- » ne; celle qui accepte l'un, eſt forcloſe de l'autre: la Coutume » n'admet pas deux douaires; il n'y en a qu'un, mais qui s'étend » ſur les héritages du mari & ſur ceux des pere & mere, quand » ils ſurvivent, & cette extenſion n'eſt que la ſuite, la conſé- » quence & la dépendance du douaire ſur les biens du mari: elle » a pour racine vivifiante la qualité de douairiere ſur les biens » du mari. C'eſt de cette qualité que flue le droit que la veuve » a ſur les biens des pere & mere de ſon mari; ſi elle ſe dépouille » de cette qualité, elle rompt elle-même le fil de continuité » auquel eſt attaché le droit du douaire ſur les biens des pere » & mere ſurvivants ſon mari.

» Pour le mieux faire comprendre, il faut ſe reſſouvenir que » par l'Article 313 de la Coutume du Maine, la veuve a pour » douaire la tierce partie, ſa vie durant, des héritages & choſes » immeubles dont ſon mari étoit Seigneur au temps de ſon ma- » riage & durant icelui.

» Il eſt certain qu'en enviſageant le cours ordinaire de la na- » ture, & ſuivant cet ordre naturel, les enfants étant les hé- » ritiers de leurs pere & mere, la Coutume, en l'Article 313, » a tacitement donné à la veuve d'un fils, douaire ſur les biens » de ſes pere & mere.

» Mais comme il pouvoit arriver que par un dérangement » de l'ordre naturel, les enfants vinſſent à mourir avant leurs » pere & mere, la Coutume a prévu expreſſément ce cas parti- » culier; & comme toutes les Loix conſiderent les enfants » comme propriétaires des biens de leurs pere & mere, *etiam* » *viventibus patribus*, la Coutume a voulu, par l'Article 317, » conſerver aux veuves des enfants prédécédants, droit de » douaire ſur les biens ſur leſquels ils avoient un droit anticipé,

» ſi juſte, ſi naturel & ſi légitime ; ce qu'elle n'a pas fait par rap-
» port aux autres *écheutes* qui peuvent échoir en collatéral de-
» puis le décès du mari.

» C'eſt pourquoi, afin que l'Article 313 ne pût pas être in-
» terprété trop ſtrictement, ni entendu des héritages & autres
» immeubles dont le mari a été pleinement Seigneur au jour de
» ſon mariage, & durant icelui, la Coutume ajoute, *ſauf ès*
» *cas ci-après déclarés* ; ce qui eſt une extenſion dans l'Article
» 313 qui renvoie à l'Article 317, comme ſi la Coutume avoit
» dit, & s'entendent les héritages de l'Article 313, de ceux
» même appartenants aux pere & mere qui ſurvivroient leurs
» enfants.

» C'eſt ce qui fait connoître que ce ne ſont pas deux douai-
» res accordés par les Articles 313 & 317 ; mais un même
» douaire à prendre ſur les mêmes biens, qui ſont ceux non-
» ſeulement dont le mari a une Seigneurie parfaite & pleine-
» ment acquiſe ; mais encore ceux dont les Loix lui donnent
» une Seigneurie imparfaite, & dont la Loi naturelle le fait re-
» garder comme propriétaire par anticipation.

» Par l'Article 317, la veuve qui ſe porte douairiere de ſon
» mari, doit avoir par ſuite & par conſéquence de cette qua-
» lité, proviſion ſur les biens mêmes des pere & mere actuelle-
» ment vivants.

» Or, dira-t-on, dans la Coutume du Maine, qu'une veuve
» donataire de ſon mari, de ſes biens immeubles, pourroit néan-
» moins, comme douairiere, exiger proviſion ſur ceux de ſon
» beau-pere & de ſa belle-mere ; & quoique ce raiſonnement
» puiſſe paſſer pour une pétition de principe, ne faute-t-il pas
» aux yeux qu'elle n'eſt douairiere de ceux-ci, qu'autant qu'elle
» eſt douairiere de ceux-là ; que c'eſt la qualité de douairiere
» des biens de ſon mari, qu'elle étend & qu'elle porte ſur les
» biens de ſes beau-pere & belle-mere ſurvivants ? c'eſt une ra-
» cine qui s'étend & ſe prolonge. La Coutume, ſans aucune
» diſtinction, ne donne que l'un, ou l'autre, & forclos de l'un
» par le choix de l'autre.

» Cette diſpoſition n'eſt pas particuliere à la Coutume du
» Maine. La Coutume d'Anjou, en l'*art.* 303 ; celle de Poitou,
» *art.* 260 ; celle de Normandie, *art.* 369 ; & Bretagne, *art.*
» 462, accordent la même choſe aux veuves, & feignent, à
» cet effet, que les pere & mere du mari ſont effectivement

» décédés avant leurs enfants : raiſon pour laquelle elles bornent » le douaire des brus ſur les biens des pere & mere à eux ap- » partenants au jour du décès de leurs enfants, & non ſur ceux » acquis depuis.

» D'où l'on voit que le douaire des brus ſur les biens des » pere & mere, n'eſt qu'un même douaire à prendre ſur des » biens dont la Loi feint que les enfants ſont propriétaires.

» Il eſt vrai que ſur les biens des pere & mere, la Coutume » ne donne de leur vivant, proviſion aux brus, que pour moi- » tié ; mais cette reſtriction ne détruit pas l'eſprit de la Coutu- » me : elle le modifie, de ſorte que le douaire des brus ſur les » biens des pere & mere vivants, & ſur ceux des enfants pré- » décédés, n'eſt qu'un même douaire modifié, à l'exemple du » douaire de l'Article 253 de la Coutume de Paris : pour les en- » fants du ſecond lit, il n'y a qu'une ſeule acceptation, ou une » ſeule forcluſion.

» Voici encore un autre argument fondé en principes. Il eſt » certain que le douaire coutumier eſt un bénéfice de la Loi, » & le don du mari eſt un bénéfice de l'homme.

» Or, on peut accepter l'un & l'autre dans les Coutumes où » ils ſont compatibles : on peut même être douairiere dans une » Coutume incompatible avec le don, & porter les deux qua- » lités dans une Coutume compatible ; parce que, dans ce » cas, on joint à l'avantage que donne la Loi, l'avantage » que l'homme, autoriſé par la même Loi, donne pareillement ; » mais quand on renonce dans une Coutume, ou qu'on ſe for- » clos ſoi-même d'une qualité que donne la Loi, cette renon- » ciation, ou forcluſion qui vient en conſéquence du choix de » l'homme, influe ſur toutes les Coutumes, & l'on n'a plus de » reſſources que dans le bénéfice de l'homme.

» Ainſi la veuve, qui ne veut pas être douairiere au Maine, » ne peut plus être douairiere, ni dans la même Coutume, ni » dans aucune autre, parce que l'on ne peut pas ainſi promener » à ſon choix, l'une ou l'autre de ces qualités, être donataire » ici, où le don vaut mieux que d'être douairiere, & être douai- » riere ailleurs, où le douaire vaut mieux que le don.

» On peut, à la vérité, porter les qualités légales dans toutes » les Coutumes où elles ont lieu ; mais quand, dans une Cou- » tume, on a renoncé à ces qualités légales, on ne peut plus » prétendre, dans une autre Coutume, les avantages qu'elles

» peuvent donner, & l'on ſe réduit ſoi-même aux ſeuls avan-
» tages de l'homme où ils peuvent avoir lieu.

» C'eſt ainſi que quand dans une Coutume qui défere la qua-
» lité légale d'héritier, on y renonce pour ſe porter légataire,
» on ne peut plus être héritier nulle part, ſi l'on a des concur-
» rents, mais ſimple légataire où cela eſt permis.

» C'eſt encore ainſi que par rapport à certains avantages lé-
» gaux, on ne peut, en changeant de qualité, changer à ſon
» choix ces avantages, ſuivant les différentes Coutumes, ſe
» dire ici légitimaire, & là ſe dire héritier des réſerves coutu-
» mieres. Il faut opter, ou tout l'un, ou tout l'autre, ſi ce n'eſt
» dans les Coutumes où les réſerves coutumieres ſont elles-mê-
» mes une légitime de droit; & dans ce cas particulier, on n'eſt
» toujours que légitimaire par-tout.

» En un mot, dans la Coutume du Maine, qu'une veuve ſoit
» tout à la fois douairiere & donataire des immeubles, de quel-
» que maniere que ce puiſſe être, le Conſeil eſtime que c'eſt
» un véritable monſtre, & que dans cette Coutume, on ne
» peut faire concourir ces deux qualités.

» Délibéré, &c.

En Bretagne la prohibition du concours de donataire & de douairiere, eſt encore plus indéfinie; car elle s'étend ſur toutes ſortes de biens meubles ou immeubles: la ſucceſſion d'un mari ne peut être chargée tout à la fois d'un douaire & d'un don, ſoit de meubles, ſoit d'immeubles, & la femme n'a que l'option de l'un ou de l'autre, & l'effet de ce choix eſt fort différent, ſi la femme opte le douaire: comme c'eſt un don d'un bien qui eſt toujours paternel, le douaire n'eſt que viager pour la femme, parce que les enfants ne pourroient prendre ce douaire qu'à titre ſingulier, s'ils le prenoient comme douairiers, ce qui n'a pas lieu dans cette Coutume où les enfants ne peuvent recueillir qu'à titre d'héritiers; mais à l'égard du don, ſi la femme l'optoit par préférence, comme il ceſſe d'être bien paternel, & qu'il paſſe à la mere en propriété, les enfants en recueillent le bénéfice, non dans la ſucceſſion du pere, mais dans la ſucceſſion de la mere à titre de ſes héritiers.

Dans la Coutume de Poitou, la prohibition du concours du don & du douaire n'eſt pas ſi rigoureuſe qu'en Anjou & en

Bretagne : cette prohibition dans cette Coutume n'eſt que pour exclure ſur les propres un don & douaire qui excéderoient le tiers ; mais la femme peut être donataire des meubles & acquêts, & douairiere du tiers des héritages ; elle pourroit même être donataire d'une portion des propres, & douairiere ſur les mêmes propres, même en propriété, pourvu que l'un & l'autre n'excédaſſent pas le tiers des propres, & n'entamaſſent pas les deux tiers de ceux qui doivent reſter aux héritiers, *délivrement*, comme une légitime qui leur eſt réſervée.

Ainſi l'on voit avec quelle précaution il faut décider ces ſortes de queſtions qui ſe préſentent ſur les différentes Coutumes, & la néceſſité de bien en pénétrer l'eſprit, de conſulter même l'interprétation que l'uſage y a donné.

Nos Auteurs veulent que quand le Statut contient une négative précédée du terme *peut*, pour lors le Statut eſt prohibitif négatif. *Negativa præpoſita verbo* poteſt, *excludit potentiam juris & facti*, *Mol. art.* 1, *gl.* 3 de la Coutume de Paris : ces termes ſont *abnegativa omnis potentiæ*, diſent nos Auteurs, *omnem facultatem radicitus abnegant.*

Mais cette maxime n'eſt pas univerſellement vraie. Me Ch. du Molin, *loco cit.* y met pluſieurs exceptions. La premiere, *quando apparet aliter eſſe diſpoſitum ;* 2°. *quando materia non eſt de ſe prohibitiva, & aliud exigit ratio materiæ ſubjectæ ſecundùm quam debent verba modificari, imo etiam impropriari, & reſtringi contra propriam ſignificationem ;* 3°. *quando reſultaret abſonus intellectus :* & en appliquant ces exceptions aux Coutumes d'Anjou, de Bretagne, de Tours & de Poitou, on voit que dans la Coutume de Bretagne & de Tours, la négation & la prohibition emportent, *omnimodam impotentiam ;* mais dans les autres elles emportent une impuiſſance réduite & reſtreinte plus ou moins, ſelon l'eſprit général & dominant de chaque Coutume : d'ailleurs il ne faut pas ſe perſuader que tous les Statuts négatifs prohibitifs, doivent néceſſairement contenir le terme *peut* précédé d'une négation : il en eſt de très-prohibitifs, & qui ne ſont pas conçus en ces termes. Par exemple, la Coutume de Poitou, *art.* 266, porte que ſi le mari donne à ſa femme le tiers de ſon héritage, ſoit à part, ſoit à divis, ou en général aucune choſe de ſon héritage à part qui vaille le tiers de l'héritage, elle peut ſe tenir audit don, & en icelui cas elle ne jouira de don & douaire : cette diſpoſition ne contient pas

de négation qui précede le terme *peut*, & cependant ce Statut eſt prohibitif dans la circonférence de ſes termes & de ſa diſpoſition, qui ne permettent pas de diſpoſer quant aux propres, au-delà du tiers.

La Coutume de Bourgogne, *ch.* 4, *art.* 8, veut que ſi conſtitution de douaire divis eſt faite par traité de mariage à la femme, plus grande, & excédant le coutumier, la dite conſtitution ſera ramenée & réduite au douaire coutumier : cette diſpoſition ne contient pas de négation qui précede le terme *peut ;* cependant elle exclut, ſans difficulté, toute convention de douaire qui excede le coutumier, puiſqu'elle doit y être ramenée : elle eſt donc prohibitive d'un douaire, en tant que douaire qui excede le coutumier.

Ainſi pour connoître l'étendue de ces ſortes de Statuts négatifs, & ſi la négation emporte prohibition, & juſqu'à quel dégré, ce ſont ſouvent moins les termes que l'eſprit de chaque Coutume qu'il faut conſulter.

Dans le Statut ſimplement négatif, c'eſt la Loi qui ordonne, abſtraction faite du miniſtere de l'homme ; mais dans le Statut négatif prohibitif, c'eſt au miniſtere & à l'action de l'homme à qui la Loi s'adreſſe ; mais la prohibition ſe fait plus ou moins ſentir dans certains Statuts que dans les autres. Par exemple, dans ce Statut *donner* & *retenir ne vaut* : la négation s'apperçoit du premier coup d'œil ; mais la prohibition ne s'apperçoit pas, comme dans ceux que nous venons d'alléguer : cependant il eſt bien certain qu'il n'y a pas de donation, ſi l'homme retient ce qu'il donne, & c'eſt pour l'empêcher de retenir que la Loi a établi cette regle, & tout cela regarde le miniſtere & l'action de l'homme.

Mais en voici un où la prohibition ſe fait moins ſentir encore, *propres ne remontent :* ce Statut eſt néanmoins prohibitif ; car un homme ne pourroit pas ordonner que dans ſa ſucceſſion ſes propres remonteroient ; cependant ce Statut ne renferme pas des termes de prohibition, & c'eſt ce qui fait voir combien il eſt difficile de donner des regles bien diſtinctives.

Une regle qui paroît certaine, eſt que le Statut dont la négation précede le verbe *peut*, eſt abſolument prohibitif, quand il y a un verbe négatif géminé. Par exemple, ſi un Statut diſoit, l'homme ne peut & n'a pas la liberté de faire, &c. *non poteſt, nec valet,* Chaſſeneuz, *conſ.* 51, *n.* 3.

L'impuiſſance qu'operent ces termes ne *peut*, n'eſt pas une impuiſſance d'état & de condition, quand ils n'ont leur relation qu'à quelques actes réels, & qu'ils ne défendent pas en conſéquence de l'état de la perſonne; c'eſt pour lors une impuiſſance pure réelle : car tel qui ne peut pas donner dans une Coutume, peut donner dans une autre; tel qui ne peut pas avoir don & douaire dans une Coutume, peut les avoir dans une autre.

Ainſi jugé en la Coutume d'Anjou, par Arrêt du 3 Décembre 1587, remarqué par Chopin, *L.* 3, *in conſ. Andeg. cap.* 2, *tit.* 3, *n.* 12 *&* 13, & par Lhommeau ſur la Coutume d'Anjou, *L.* 2, *art.* 310, encore même que le contrat de mariage eût été paſſé en une autre Coutume; ce qui ne peut pas opérer que don & douaire ſe prennent ſur les biens ſitués en une Coutume prohibitive, comme il a été jugé par Arrêt du 18 Juin 1649, en la cinquieme Chambre des Enquêtes, Voyez Brodeau, *art.* 323 de la Coutume du Maine. Voyez encore la note du même Auteur, ſur l'*art.* 310 de la Coutume d'Anjou, & Chopin en ſon Commentaire ſur cette Coutume, *lib.* 3, *cap.* 3, *tit.* 1, *n.* 18.

Quand les Loix ſont négatives prohibitives, la convention du contraire eſt nulle.

Mais la nullité en eſt, ou abſolue, ou purement relative : elle eſt abſolue, comme l'a fort judicieuſement obſervé M. le P. Bouhier, *ch.* 19, *n.* 12, quand elle eſt prononcée pour un intérêt public, pour une cauſe d'honnêteté publique, ou quelque autre conſidération politique; & elle eſt relative, quand la nullité n'eſt prononcée que par rapport à certaines perſonnes : dans le premier cas l'acte eſt radicalement nul, & comme non fait; dans le deuxieme il peut ſubſiſter, ſi les perſonnes en faveur de qui la nullité eſt prononcée, & qui ont la liberté de ſe pourvoir, ne jugent pas à propos de la demander, & veulent bien conſentir à l'exécution de l'acte.

Enfin on obſervera qu'il eſt certains Statuts même prohibitifs, qui par une Juriſprudence bien certaine, ne peuvent nuire & faire obſtacle aux conventions portées par contrats de mariage; ces contrats ſont aſſez volontiers exceptés des regles générales.

C'eſt en effet une maxime parmi nous qu'ils ſont ſuſceptibles de toutes clauſes qui ne ſont pas contre les bonnes mœurs

& contre le Droit public : c'eſt ainſi que par contrat de mariage on peut donner & retenir, changer l'ordre de ſuccéder, inſtituer qui bon ſemble pour héritier, ſauf la légitime, laquelle ne ſauroit être bleſſée même par contrat de mariage : la Loi qui la donne eſt à cet égard prohibitive indéfiniment & ſans reſtriction.

Il eſt auſſi des cas où par contrat de mariage on ne peut pas déroger aux Loix, lorſque, par exemple, les Loix le défendent dans le cas même de mariage : telle eſt la Coutume de Normandie, en l'*art.* 330 & *art.* 73 *des Placités.*

Nous avons dit ci-devant qu'il eſt des Coutumes où encore que le douaire n'y ſoit que viager, l'on pouvoit le ſtipuler propre aux enfants ; mais nous avons ajouté une limitation & reſtriction, ſi ce n'eſt qu'il y eût dans la même Coutume quelque autre diſpoſition contraire.

M. Froland, *ch.* 9, *pag.* 511 *&* 517, *& ch.* 11, *pag.* 530, rapporte quatre Arrêts rendus ſucceſſivement, tant dans la Coutume de Normandie, que dans celle de Poitou & de Touraine, qui vérifient notre exception, & qui ont jugé que le douaire préfix ne pouvoit excéder le coutumier dans ces Coutumes, parce qu'elles étoient négatives prohibitives ; ſavoir, deux en Normandie, le premier du 30 Décembre 1693, en la Grand'Chambre, qui jugea que la Dame du Fayot, veuve du ſieur de Glachant, ne pouvoit avoir, ni percevoir en ladite Coutume de Normandie le douaire préfix de 3000 livres pour chacune année, que ſon mari lui avoit conſtitué par ſon contrat de mariage paſſé à Paris, que juſqu'à concurrence & ſur le tiers ſeulement des biens ſitués dans cette Coutume de Normandie ; & le deuxieme du 23 Janvier 1703, auſſi en la Grand'Chambre, par lequel il fut dit que Charlotte le Fevre, veuve de Jacques du Ménage, ſeroit tenue de ſe pourvoir pour être payée de la ſomme de 3000 livres, qui lui avoit été donnée pour ſon douaire, par ſon contrat de mariage paſſé à Paris, ſur le tiers des biens qui avoient appartenu à ſon mari, dans la Province de Normandie, conformément à l'*art.* 371 de cette Coutume. Voyez Baſnage, *art.* 367 & 389.

Un troiſieme, du 28 Août 1677, pour la Coutume de Poitou, & qui eſt rapporté au Journal des Audiences, *tom.* 3, *liv.* 11, *ch.* 21, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, qui jugea qu'un douaire préfix de 600 livres par chacun an, ſtipulé

ſtipulé par un contrat de mariage paſſé en Angoumois, pour le paiement duquel le mari avoit affecté tous ſes biens, ne pouvoit être pris ſur les biens de Poitou, au-delà du douaire coutumier; la Coutume de cette Province, *art.* 259, ne permettant pas de ſtipuler un douaire préfix, qui ſoit plus conſidérable que le coutumier.

Il faut obſerver, pour ne pas s'y tromper, que l'Arrêt accorde à la veuve droit de ſe pourvoir ſur les autres biens du mari; en ſorte que ſi dans la Coutume de Poitou, il y eût eu, outre les propres, un bien libre, la veuve auroit eu ce qui pouvoit lui manquer dans les propres, ſur les acquêts & même au-delà du tiers des acquêts; la Coutume de Poitou, dans le cas où il y a des propres, n'ayant d'autre intention par toutes les prohibitions qu'elle contient, que de conſerver aux héritiers du ſang les deux tiers de ces propres *franchement & délivrement de toute libéralité.*

Enfin, M. Froland, *pag.* 551, cite comme le tenant de M. Maillard, Commentateur de la Coutume d'Artois, un quatrieme Arrêt du 7 Septembre 1711, contre Angélique de Crévant, qui demandoit ſur la terre de Rochet, ſituée en Touraine, où ſon pere avoit ſon domicile, un douaire préfix de 4000 livres, comme propre, en vertu de la ſoumiſſion à la Coutume de Paris, par lequel Arrêt rendu au profit de créanciers poſtérieurs au mariage, (*quod notandum*,) les deux tiers de cette terre furent déclarés libres & affranchis de ce douaire, conformément à l'*art.* 332, & cette terre étoit apparemment un propre, dont en cette Coutume on ne peut diſpoſer, ſoit entre vifs, ſoit par teſtament, que juſqu'à concurrence du tiers.

Nous venons d'obſerver que par deux Arrêts rendus au Parlement de Paris, il a été jugé que dans la Coutume de Normandie, l'on ne pouvoit pas ſtipuler un douaire plus fort que le tiers coutumier: il faut ajouter que, ſuivant la Juriſprudence des Arrêts du Parlement de cette Province, rendus en interprétation de l'*art.* 400, ce tiers coutumier ne peut être diminué par aucune convention: cette diſpoſition eſt certainement négative prohibitive: ſi des conjoints domiciliés ailleurs, mais ayant des biens ſitués en Normandie, étoient convenus d'un douaire qui ſeroit au-deſſous de cette quotité, comme d'une ſomme qui n'iroit qu'au quart ou au quint des biens de Normandie, cette convention n'auroit point lieu en Normandie,

à l'égard des enfants qui ſeroient en droit de prendre le tiers coutumier ſur les biens de cette Coutume ; mais la convention auroit lieu à l'égard de la femme, aux termes de l'Article 375.

Mais les enfants pourroient-ils prendre en Normandie le tiers coutumier, comme étant dû indépendamment de toute convention, & ailleurs prendre encore le douaire convenu ? Il eſt bien ſenſible que cela ne ſe peut, dès que la convention ſera remplie par les biens de Normandie. Ils ont ce que l'homme & la Loi vouloient leur donner ; mais ſi la convention ſouffroit quelque réduction dans une Coutume, & que les autres biens du pere fuſſent répandus dans des Coutumes indifférentes, ſur le plus, ou le moins du douaire, ou même que ces Coutumes n'en exigeaſſent aucun, j'eſtimerois que ce qui ſeroit retranché de la convention, pourroit ſe prendre dans ces Coutumes qui ne ſont ni négatives, ni prohibitives.

La Coutume de Bourgogne doit être miſe, comme nous venons de l'obſerver, au nombre des Coutumes négatives prohibitives d'un douaire plus fort que le coutumier ; mais comme dans cette Coutume il eſt permis, par contrat de mariage, aux futurs de ſe faire tels avantages qu'ils jugent à propos, il eſt aſſez d'uſage & de ſtyle, de ſtipuler un douaire préfix qui ſouvent excede le coutumier, lorſque, par exemple, le mari n'a aucuns fonds ſur leſquels on puiſſe régler le coutumier ; mais, dans ce cas, on ſtipule par le contrat de mariage, qu'où le douaire actuellement convenu excéderoit le coutumier, le futur en fait don à la future, & pour lors l'excédant du douaire coutumier ne ſe prend pas à titre de douaire, mais à titre de donation permiſe dans cette Coutume : ſans cela, une infinité de femmes n'auroient point de douaire, leurs maris n'ayant aucuns fonds ſur leſquels on eût pu prendre le douaire coutumier, & en conſéquence régler le préfix. C'eſt ce qui eſt porté dans les Inſtituts du Droit Coutumier de Bourgogne, au *liv.* 3, *tit.* 4, où l'Auteur obſerve » que ſi le douaire divis excede le coutu» mier, il eſt réductible au coutumier, à moins qu'en le conſ» tituant, il n'ait été dit qu'en cas qu'il excédât le coutumier, » le mari en faiſoit donation à ſa femme ; ce qui eſt loiſible, les » mariés pouvant ſe faire telle donation que bon leur ſemble » par leur contrat de mariage.

» C'eſt ce qui ſe voit encore dans les Cahiers, pour l'intelli» gence de la même Coutume, *art.* 203, 204 ; la conſtitution

» du douaire divis excédant le coutumier, ſera ramenée au douaire » coutumier.

» Mais cela n'empêche pas que les Parties puiſſent, en trai- » tant le mariage, ſe faire telle donation que bon leur ſemblera, » encore qu'elle excede le douaire coutumier, & ſera valable » telle donation, ſuppoſé que par le contrat de mariage, il fût » dit que moyennant ladite donation, la future épouſe renon- » cera au douaire coutumier.

Ainſi, en Bourgogne, le douaire préfix ne ſauroit excéder le coutumier, en tant que douaire ; mais une femme peut y être douairiere, juſqu'à concurrence du coutumier, & donataire de ce qui peut excéder ; & ce qui ne vaut pas, comme douaire, vaudra comme donation, & je laiſſe aux Juriſconſultes de la Province à concilier ce ſyſtême avec la Note de M^e Ch. du Molin ſur ce même Article. *Nec poſſunt pacta etiam dotalia futuri matrimonii huic conſuetudini derogare, ergò nec donationem majorem facere : aliàs fieret fraus de contractu ad contractum.*

L'économie de quelques-unes des Coutumes, comme Maine & Anjou, qui n'admettent pas don & douaire, eſt pour empêcher que la femme ne prenne l'un & l'autre ſur les biens ſitués en ces Coutumes, ſoit que les biens ſoient propres, ou acquêts ; il eſt d'autres Coutumes où cette prohibition ne tombe que ſur les biens de réſerve, mais non pas pour empêcher que ces deux bénéfices ſe prennent ſur des biens libres, quoique ſitués en même Coutume. C'eſt ainſi que dans la Coutume de Poitou, le don & douaire préfix peuvent concourir ; que le douaire préfix peut y être plus fort que le coutumier, pourvu qu'il ne ſoit pas reſtreint nommément ſur les propres, parce que l'*art.* 259 ne détruit pas les *art.* 209, 223 & 203, & qu'il ne s'entend que d'un douaire plus fort qui ſeroit donné à prendre ſur les propres, & qui excéderoit le tiers.

Ainſi dans ces Coutumes, quand le don & le douaire ſont accordés nommément ſur les propres, la convention s'exécute ſur ces propres, juſques à concurrence de la portion libre, & le ſurplus de la diſpoſition demeure ſans exécution : *fecit quod non potuit.* Mais ſi ces deux bénéfices ſont accordés en général, ſans déſignation d'aucuns biens particuliers, pour lors ils ſe prennent ſur tous les biens libres, parce qu'il n'y a que les réſerves coutumieres qui ſoient hors de la diſpoſition, & que

dans ce cas, le mari *fecit quod potuit ;* & c'eſt pour lors ſeulement qu'on peut dire, avec Rodenburgh, que la convention ſe convertit en action à exercer ſur les biens libres. Ainſi jugé par Arrêt de 1587, pour la veuve du Préſident Braillon, rapporté par Chopin, ſur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 3, *n.* 13. Voyez Dupleſſ. *pag.* 751.

Nous venons de dire que dans les Coutumes prohibitives d'un douaire préfix, plus ou moins fort que le contumier, il falloit ramener la convention pour la quotité, aux Loix de la ſituation. En faut-il dire de même pour régler la qualité de viager ſeulement à la femme, ou de propre aux enfants ? Par exemple, le douaire eſt viager dans le domicile matrimonial, & il eſt convenu tel entre les conjoints ; par l'événement ce douaire eſt à prendre ſur des biens ſitués en Normandie, où nous venons de dire que le douaire ne pouvoit être augmenté ni diminué, & où le tiers coutumier, qui eſt le douaire de cette Coutume, eſt propre aux enfants.

En la Coutume de Paris, c'eſt un avis aſſez unanime, que l'on peut ſtipuler que la femme n'aura pas de douaire ; & qu'en ce cas, les enfants n'en doivent pas avoir, parce que les enfants ne doivent avoir en propriété que le fonds dont leur mere doit avoir l'uſufruit. M. le Bret, en ſes Déciſions, *liv.* 1, *déciſ.* 9, *Arrêt de* 1648, 2 *Mars*, *Journal des Audiences.*

Mais auſſi c'eſt une Juriſprudence à Paris, que l'on n'y pourroit pas ſtipuler un douaire viager pour la mere, & non propre pour les enfants, à cauſe de l'*art.* 255.

*His poſitis,* ſi des conjoints mariés en Coutumes où le douaire eſt ſimplement viager, en ſtipulent un de cette nature ; mais que par l'événement, ce douaire ainſi viager ne puiſſe ſe prendre que ſur les biens ſitués à Paris, ou en Normandie, les enfants pourroient-ils prétendre, nonobſtant la convention, que tel douaire doit leur être propre, conformément aux Coutumes de Paris, ou de Normandie.

On ne fait pas de difficulté que dans la theſe générale, la Coutume du domicile du mari autoriſant la convention d'un douaire préfix & viager, elle doit être exécutée autant qu'elle peut l'être. On eſtime même que ſi les conjoints avoient ſtipulé un douaire en général, ſans marquer s'il ſeroit propre, ou viager, la convention recevroit ſon interprétation de la Loi du domicile, & qu'il ſeroit propre, ou viager, ſelon que la Loi

du domicile matrimonial l'admettroit de l'une, ou l'autre nature. La raiſon en eſt que la convention du douaire préfix eſt un engagement perſonnel préſumé, fait en conformité de la Loi du domicile matrimonial, & qui, dans le doute, reçoit ſon interprétation de cette Loi; & c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt de la Cour des Aides, du 12 Mai 1694, rapporté au Journal des Audiences. Voyez Renuſſon, *ch. 4 du Douaire, n.* 17.

Mais la difficulté conſiſte en ce que tel douaire viager de convention expreſſe, ou préſumée, ſe prend par l'événement ſur les biens ſitués en Coutumes prohibitives négatives d'un douaire viager, comme celle de Paris, ou de Normandie.

Or, ſtipuler un douaire qui ne peut ſe prendre que ſur des biens ſitués en Coutumes où le douaire eſt néceſſairement propre aux enfants, & cependant le ſtipuler viager, c'eſt réduire en viager, pour la femme, un douaire que les Coutumes de la ſituation veulent être propre, & c'eſt heurter une Loi négative prohibitive.

A la bonne heure que pareil douaire viager ait lieu, quand les biens ſont ſitués en Coutumes qui ne ſont pas prohibitives; parce qu'en ce cas, la convention ne trouve aucun obſtacle.

M. Lebrun, en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 5, *ſect.* 2, *n.* 26 *de l'édition de* 1735, *page* 332, *col.* 1, *in fine*, a décidé cette queſtion préciſément dans l'eſpece d'un mariage contracté dans une Coutume où le douaire eſt viager, & où les Parties, en ſtipulant un douaire, n'ont pas dit s'il ſeroit propre, ou viager, & il eſtime que, dans ce cas, ſi le mari a des biens ſitués en des Coutumes où il eſt propre aux enfants, ce douaire préfix ſera propre aux enfants, à proportion de ce qui ſe prendra ſur les biens ſitués dans ces dernieres Coutumes; la faveur des enfants empêchant, en ce cas, qu'on ne ſuive la Coutume du lieu, où le contrat a été fait, & c'eſt la diſpoſition de l'Arrêt du Parlement de Paris, du 7 Mars 1567, en faveur des enfants d'un nommé Savari, confirmatif de la Sentence du Lieutenant de Creſſi en Brie, ſuivant Charondas, en ſes Réponſes du Droit François, *liv.* 7, *ch.* 100, qui atteſte avoir été appellé au Jugement de la cauſe principale.

Cette même queſtion ſe trouve autrement décidée dans Auzannet, Article 255 de la Coutume de Paris, où il dit que l'aſſignat du douaire préfix ne change pas la nature d'icelui, *& ideo* le douaire conſtitué à Paris, par la convention & ſoumiſſion

du contrat, ou par la raiſon du domicile du mari, eſt propre aux enfants, ſuivant la Coutume de Paris, quoiqu'il ait été aſſigné ſur des héritages ſis en des Coutumes où le douaire n'eſt que viager.

M. Ferriere paroît avoir embraſſé ce dernier avis dans ſa grande compilation, & nous trouvons même que M. le Lieutenant-Civil le Camus, dans ſes Obſervations ſur toute la Coutume de Paris, *art.* 255, a tenu la même opinion; parce que, dit ce grand Magiſtrat, l'aſſignat particulier ne ſe conſidéreroit que comme une facilité pour ſe faire payer, mais ſans rien changer de la nature du douaire.

On peut appuyer ce dernier ſentiment d'un Arrêt du 4 Février 1623, rendu en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Vertamont, rapporté par Vrevin, ſur l'Article 120 de la Coutume de Chauny, par lequel des enfants furent déboutés de la propriété d'un douaire conſtitué à Montfort, où le douaire n'eſt que viager, encore qu'ils le demandaſſent ſur des biens aſſis ſous la Coutume de Paris.

Dans les Additions qui ſont à la fin du Traité des Succeſſions de Lebrun, *add.* 48, on prétend que pour juger ſi ce douaire préfix eſt propre, ou viager aux enfants, il faut s'attacher uniquement à la Loi du domicile matrimonial, ſans conſidérer la Loi de la ſituation des biens ſur leſquels ce douaire eſt à prendre. On n'eſt point touché du motif qui a déterminé M. Lebrun; c'eſt-à-dire, de la faveur que peuvent mériter les enfants. On emploie au contraire la réflexion d'Auzannet qui a remarqué que le douaire propre aux enfants, eſt très-préjudiciable au commerce, & entraîne avec ſoi de grands inconvénients; d'où l'on conclut que c'eſt la ſeule intention du pere qu'il faut conſidérer, qui ſe connoît par la Loi de ſon domicile, à laquelle il eſt préſumé avoir voulu ſe conformer.

Pour concilier ces différents avis, il me paroît néceſſaire de diſtinguer les Coutumes prohibitives d'avec les Coutumes purement négatives : ſi le douaire ſe prend dans ces dernieres, je ne fais pas de difficulté que le douaire préfix de la nature qu'il aura, ſoit *in vim conſuetudinis*, ſoit *in vim conventionis*, ſubſiſtera tel qu'il eſt, parce que les Coutumes de la ſituation étant aptes à admettre l'un & l'autre douaire, puiſqu'elles ſont ſimplement négatives, c'eſt la Loi du domicile matrimonial, ou la convention qui décident de la nature du douaire; l'aſſignat

ſur ces Coutumes n'en change pas la nature, & la femme, & les enfants le prennent tel que le détermine cette Loi du domicile matrimonial.

C'eſt ainſi que cela a été jugé dans les Coutumes de Bourbonnois & de Péronne.

La Coutume du Bourbonnois, *art.* 249, porte, *que douaire coutumier, ou conventionnel, eſt éteint & fini par le trépas de la femme.*

Cette diſpoſition eſt négative & non prohibitive d'une convention de douaire propre aux enfants : auſſi par Arrêt du 5 Mai 1602, rapporté par M. Bouguier, *Lettre D. n.* 16, il fut jugé au profit des enfants, que le douaire préfix ſtipulé à Paris, par un pere qui y étoit domicilié, ſeroit pris ſur les biens du Bourbonnois; encore que le douaire n'eût pas été ſtipulé propre : pareil Arrêt du 23 Juin 1663, rendu en la cinquieme Chambre des Enquêtes, pour les terres de Forêt & Biermont, ſituées dans la Coutume de Péronne; enfin il y en a encore un autre rendu en 1673, pour des biens ſitués en la Coutume de Montfort. Voyez l'Arrêt du 28 Février 1676, rapporté au Journal du Palais.

Mais quand les biens ſur leſquels ſe prend le douaire, ſont ſitués en Coutumes négatives prohibitives d'un douaire convenu propre ou viager, il faut ſuivre la Loi de la convention, ou la Loi de la ſituation des biens.

Par exemple, le douaire ſtipulé propre à Paris, ſera à prendre ſur les biens de Bretagne, où l'on ne peut pas donner à ſon héritier préſomptif : tel douaire ſera-t-il propre en Bretagne? Non, répond M. de Perchambaut, *tit.* 1, *des Juſtices*, §. 7, & c'eſt auſſi la déciſion de Hévin, *conſult.* 98, 99 & 100.

Cependant on rapporte un Arrêt du Parlement de Paris, du 31 Mars 1683, qui a jugé que le douaire ſtipulé propre à Paris, ſe prendroit par les enfants ſur les biens même de Bretagne; mais voici comme parle le même M. de Perchambaut en ſa petite Coutume, *art.* 200 : il fut jugé directement contre la raiſon au Parlement de Paris, en faveur de M^e du Tierſans, (c'eſt l'Arrêt de 1683,) quand on ordonna qu'un douaire ſeroit propre aux enfants, pour les biens ſitués en Bretagne, parce que c'eſt un don fait à des héritiers que cette Coutume a réprouvé. Voyez la 31 conſult. à la fin des Œuvres de Dupleſſis, *pag.* 190 & 798.

En 1701, ſe préſenta la queſtion de ſavoir ſi par un contrat de mariage paſſé à Paris, ayant été accordé pour douaire aux enfants, le tiers des biens de Bretagne, ce douaire devoit avoir lieu au préjudice des enfants d'un ſecond lit, dont l'un, comme aîné prenoit les deux tiers.

Sur cette queſtion les parties formerent une inſtance en réglement de Juges, ſuivant le témoignage de M. Perchambaut en ſon Commentaire ſur la Coutume de Bretagne, *art.* 685, *pag.* 811, entre Paris & Bretagne, les uns perſuadés qu'ils gagneroient leur Procès au Parlement de Paris, & les autres au Parlement de Bretagne. M. Perchambaut nous dit ce qui fut jugé par rapport au réglement de Juge; mais il ne nous apprend point ce que l'on jugea ſur la queſtion du fond au Parlement de Bretagne, où les Parties furent renvoyées: il obſerve que c'eſt une prévention des Officiers de Paris, qui ne peuvent s'ôter de l'eſprit que tout ce qui eſt compris dans les actes qui ſont faits à Paris, doit s'exécuter dans tout le Royaume, nonobſtant les Coutumes contraires. Mais oſerai-je le demander? la prévention ne ſeroit-elle point de la part de M. Perchambaut? Le droit de juger du Parlement de Paris, n'eſt pas fixé ſur des ſujets d'un certain lieu, d'une ou de pluſieurs Provinces: tous les ſujets du Roi dans quelque endroit qu'ils demeurent, peuvent être ſes juſticiables: il ne connoît de bornes que celles du Royaume; ſon droit même s'étend juſques ſur des conteſtations qui naiſſent au-delà; mais en même-temps ſes lumieres ſont auſſi étendues que ſon pouvoir, & la balance à la main, il reſpecte les Loix de toutes les Nations, & ſa juſtice ſait en faire un uſage, & une application très-juridique.

En effet, ne juge-t-on pas tous les jours au Parlement de Paris, dans le cas de convention que les plus légitimes & les plus autoriſées par la Loi du domicile ſont arrêtées dans la ſuite, lorſqu'il s'agit de les exécuter ſur des biens ſitués en Coutumes qui diſpoſent autrement?

Un homme vend un bien ſitué dans une Coutume où ce bien eſt de libre diſpoſition; mais à l'occaſion de cette vente, il naît des actions en garantie: l'acquéreur veut exercer une garantie hypothécaire ſur des biens ſitués en Coutumes, où il n'eſt pas permis au vendeur de les hypothéquer; l'action pour

la

la garantie ne pourra pas s'exercer ſur ces biens. Baſmaiſon, *art.* 9, du *tit.* 4 de la Coutume d'Auvergne.

Un homme legue une ſomme de deniers, qui ne peut ſe prendre que ſur ſes propres, & qui excede la portion dont il eſt permis de diſpoſer; il eſt certain que le legs ſera réductible juſqu'à concurrence de la portion permiſe : c'eſt le ſujet de la note de M^e Ch. du Molin, ſur l'*art.* 4 de l'ancienne Coutume d'Amiens, qui eſt le 57 de la nouvelle, qui porte qu'on ne peut diſpoſer par teſtament des propres, ſinon du quint ſeulement, ſur ces derniers mots, voici la note de M^e Ch. du Molin, *etiamſi non diſponat de hæredìis, ſed de certa ſumma, in quantum capienda eſſet ſuper hæredìis, quia alioquin hæredia diffinitive adjudicarentur;* & le principe de cette déciſion eſt qu'il n'eſt pas permis de déroger à une Loi publique, négative prohibitive : *non poſſunt pacta dotalia huic conſuetudini derogare*, & Chopin ſur Paris, *lib.* 1, *tit.* 2, *n.* 22, admet le même principe, *utcùmque enim patriæ conſtitutioni derogetur dotalibus pactis, nemini licet privatâ cautione refragari publicæ legi negativæ & prohibitoriæ*, & cela me paroît ſans difficulté. Voyez Lebrun des ſucceſſions, *liv.* 2, *ch.* 1, *ſect.* 1, *n.* 29.

Quel peut donc être l'effet d'un aſſignat en matiere de douaire? Je dis qu'il faut ſuivre la Loi de la convention, tant que les biens ſur leſquels le douaire ſe prendra, ſeront ſitués en Coutumes indifférentes, ou ſimplement négatives; mais que ſi elles ſont prohibitives négatives, ſoit par des diſpoſitions préciſes, ſoit par des ſuites d'autres diſpoſitions, comme en Bretagne, où l'héritier préſomptif ne ſauroit rien poſſéder qu'à titre d'héritier, il faut rejetter la convention pour ne pas heurter la Loi de la ſituation. Voyez la 27^e Conſultation de M. Dupleſſis.

A plus forte raiſon faudroit-il dire la même choſe ſi l'aſſignat étoit limitatif : il eſt vrai que Baquet en ſon Traité des Droits de Juſtice, *ch.* 15, *n.* 50, prétend que tel aſſignat contient taiſible délaiſſement & tranſport de l'héritage, ſur lequel le douaire eſt aſſigné juſqu'à concurrence d'icelui; mais ce délaiſſement ne peut être que relatif à la convention, & cette convention eſt contraire à la Loi de la ſituation.

En ſorte que la Coutume de Paris, ſelon notre Juriſprudence, étant négative prohibitive d'un douaire purement viager, & les conjoints ne pouvant faire exécuter leur volonté que ſur

des biens de Paris, l'avis de Lebrun, entendu dans le cas d'une Coutume prohibitive, ne me paroît pas conforme aux principes. En effet, pour rendre un douaire propre de viager qu'il eſt par la Loi, ou par la convention expreſſe ou préſumée, il faudroit changer ſon être & ſa création, & c'eſt ce qui répugne; en ſorte que dans ces cas il faut regarder les biens ſitués en Coutumes prohibitives, comme s'ils n'exiſtoient pas, ſans préjudice aux enfants de profiter des avantages que les Coutumes peuvent leur donner, & qui ſont indépendants du douaire de leur mere, comme eſt dans la Coutume de Normandie le tiers coutumier.

Cette déciſion n'eſt pas, comme l'on voit, fondée ſur ce qu'un douaire, lorſqu'il eſt propre, gêne le commerce, & engendre quelquefois des procès. En effet, les conventions les plus reſpectables de la ſociété, & les plus indiſpenſables n'en engendrent-elles pas tous les jours? Ce n'eſt pas d'un autre côté qu'on ne ſoit touché de la raiſon que Lebrun apporte pour autoriſer l'avis qu'il a embraſſé, qui eſt que toutes les Coutumes qui déclarent le douaire propre aux enfants, le regardent comme une reſſource aſſurée pour eux dans le déſordre des affaires de leur pere; il n'y a peut-être rien de plus indiſpenſable pour le bien même de la ſociété, que de mettre les peres hors d'état de laiſſer leurs enfants ſans la moindre ſubſiſtance: Mais cette conſidération doit-elle l'emporter ſur le reſpect que l'on doit avoir pour des conventions autoriſées par les Loix des contractants?

Quand le douaire ſtipulé préfix dans des Coutumes où on a la liberté de le ſtipuler ſi ample que l'on veut, eſt à prendre dans des Coutumes prohibitives d'un douaire plus fort que le coutumier, & ſur des biens prohibés, il eſt certain qu'on le réduit juſqu'à concurrence du coutumier, parce qu'il faut ſe conformer à la diſpoſition réelle de la ſituation: car encore que le conſentement ſoit incorporel, *& extendat ſe ad omnem locum*, comme dit Balde ſur la Loi, *multum intereſt C. ſi quis alteri, vel ſibi*, il faut qu'il faſſe joug à la Loi du lieu où il veut être effectué, autrement il eſt nul. V. Béraut, *art.* 440 de la Coutume de Normandie: jugé par Arrêt du 7 Septembre 1711, cité *pag.* 551 des Mémoires ſur les Statuts de M. Froland; pourquoi, *à ſimili*, ne ſe conformeroit-on pas à la Loi de la ſituation, quand elle eſt prohibitive d'un douaire purement viager, non pas pour le rendre propre, mais pour le rejetter?

Voyez néanmoins ſur ces queſtions, Béraut, *art.* 371 de la Coutume de Normandie, & Godefroy ſur le même Article; Buridan, *art.* 57 de la Coutume de Vermandois.

L'Arrêt rapporté par Vrevin, ſur l'*art.* 120 de la Coutume de Chauny, du 4 Février 1623, ci-deſſus cité, ſembleroit autoriſer une diſtinction en cette matiere : car Vrevin donne pour motif à cet Arrêt, que les enfants demandoient le douaire de leur mere, qui n'étoit que viager dans ſon principe, & que jamais leur mere n'avoit eu droit d'exercer ſon action, parce qu'elle étoit prédécédée.

Ainſi, ſelon cet Auteur, tout ce que nous avons dit précédemment devroit être reſtreint au cas où la mere ſurvit, parce que c'eſt dans ce cas ſeulement que prenant ſon douaire ſur des biens où le douaire eſt propre, les enfants doivent en profiter; mais quand le douaire eſt dans le principe viager, & que la femme prédécede, jamais les enfants ne peuvent prétendre de douaire, puiſque leur mere n'a jamais eu aucune action; mais je ne ſais ſi cela paſſera ſans contradiction.

AUTRE QUESTION.

Notre Auteur paſſe à une autre queſtion, & il eſtime, 1°, que le douaire coutumier ne ſe prend que ſur les biens ſitués dans l'étendue du domicile matrimonial, ſi ce n'eſt que cette Loi matrimoniale le donne nommément ſur tous les biens du mari en quelque endroit qu'ils fuſſent ſitués, auquel cas il faut conſidérer ſi la Loi de la ſituation rejette un pareil douaire ou non. Au premier cas, la femme n'aura pas de douaire dans le lieu de la ſituation; mais elle l'obtiendra par action perſonnelle réſultante de la diſpoſition de la Loi matrimoniale.

2°. Que ſi la Loi matrimoniale n'accorde pas de douaire, & que la Loi de la ſituation en accorde, la femme regardée comme étrangere dans la Coutume de la ſituation, n'en aura pas ſur ces biens, ſi ce n'eſt que cette Coutume l'accorde à titre héréditaire, ou par forme de legs qu'elle feroit à la femme.

Examinons en peu de mots ces différentes déciſions.

Premiérement, il n'eſt pas de nos mœurs que la femme réduite au douaire coutumier, ne puiſſe le prétendre hors la Coutume du domicile matrimonial, qu'autant que cette Coutume du domicile le donne encore nommément ſur tous les autres biens ſitués ailleurs : le douaire coutumier eſt un droit réel que nos Coutumes accordent aux femmes veuves, en leur qua-

lité de veuves, & le droit général eſt même que ce douaire n'eſt pour elles qu'un ſimple uſufruit, & que la propriété en appartient aux enfants.

Je ne ſais pas même s'il y a aucunes Coutumes qui donnent nommément le dquaire ſur les biens du mari, ſitués hors l'étendue du domicile matrimonial : s'il y en avoit, le douaire n'auroit pas lieu ſur ces biens en vertu de la Loi du domicile ; mais ſeulement en vertu de la Loi de la ſituation.

C'eſt pourquoi l'on peut diſtinguer trois ſortes de Coutumes : car, ou la Loi de la ſituation eſt prohibitive de tout douaire, ou elle eſt muette, ou elle l'admet, ſoit dans la même quotité que la Loi du domicile matrimonial, ſoit dans telle autre quotité, plus ou moins grande.

Si la Loi de la ſituation eſt prohibitive de tout douaire, il eſt certain que la femme n'en doit pas avoir dans cette Coutume, parce que le douaire coutumier étant un préſent de la Loi, & n'étant fondé que ſur la Loi, on ne peut le tenir que de la Loi qui régit les immeubles : ce douaire conſiſte, ou en ſimple uſufruit, ou en propriété ; dans l'un & dans l'autre cas ce ſont des droits réels qui dépendent de la Loi de la ſituation. Voyez M. Louet, *Lett. D. Somm.* 44.

Si la Coutume de la ſituation eſt muette, la veuve ne ſauroit encore avoir de douaire coutumier ſur les biens ſitués en cette Coutume, par la raiſon que nous venons d'alléguer ; c'eſt la Loi ſeule qui donne le douaire coutumier : raiſon pour laquelle il eſt appellé coutumier & ſtatutaire, c'eſt-à-dire, douaire de la Loi ou de la Coutume : la diſpoſition de la Loi du domicile matrimonial, pour ces ſortes de droits réels, n'a rien de commun avec ce que peut ordonner ou ne pas ordonner la Loi de la ſituation : ſi celle-ci eſt muette, de quel droit celle du domicile matrimonial voudroit-elle la faire parler & étendre ſes diſpoſitions ? Chaque Coutume diſpoſe des biens qui lui ſont ſoumis, comme elle juge à propos.

Il eſt vrai que la Loi de la ſituation étant muette, on peut conventionnellement y porter les diſpoſitions d'une autre Coutume ; mais c'eſt en vertu d'une convention préciſe, qui dans ces Coutumes ne reçoit point d'obſtacle, attendu qu'elles ſont muettes ; mais quand il n'y a pas de convention, il faudroit que la Loi d'un lieu pût avoir force & autorité dans un autre, & cela ne ſe peut : ſon autorité eſt bornée.

Ce que nous venons de dire par rapport aux Coutumes qui ne parlent pas du douaire, doit s'appliquer aux Coutumes qui n'en accordent point, de droit, mais qui autoriſent que les conjoints en ſtipulent, comme la Rochelle, *art.* 45, Saint-Jean-d'Angély, &c. parce que ces Coutumes n'en donnent pas ſans convention; & dans notre eſpece les conjoints ne pouvant prétendre que le douaire de la Loi, il n'eſt pas poſſible qu'ils en puiſſent prétendre dans ces Coutumes où il faut néceſſairement une convention.

Que ſi la Loi de la ſituation donne un douaire pareil à celui du domicile matrimonial, la veuve l'aura dans l'un & dans l'autre endroit, non pas parce qu'une Loi dominera ſur l'autre, mais parce que chaque Loi dominera par elle-même.

Enfin ſi la Loi de la ſituation le donne plus, ou moins fort que celui accordé par la Loi du domicile matrimonial, la veuve recevant des mains ſeules de la Loi, le prendra tel que chaque Loi le lui préſente, ſans pouvoir outre-paſſer les termes.

De maniere que ſi dans le lieu du domicile matrimonial, le douaire coutumier eſt ſimplement viager, mais qu'il ſoit propre dans le lieu de la ſituation, il ſera viager dans l'un, & propre dans l'autre.

C'eſt ainſi que par Arrêt du 7 Mars 1567, rapporté par Tronçon, *art.* 256 de la Coutume de Paris, il a été jugé que des conjoints étant mariés & domiciliés en la Coutume de Meaux, où le douaire coutumier n'eſt que viager à la femme, & non propre aux enfants, leurs enfants devoient avoir pour douaire coutumier, la moitié d'une maiſon en propriété, ſiſe à Paris, appartenante à leur pere. Tronçon en donne la raiſon: c'eſt que les douaires coutumiers ſont réputés immeubles, & ſe reglent diverſement, ſuivant les Coutumes des lieux où les héritages ſont ſitués.

Renuſſon, en ſon Traité du Douaire, *ch.* 5, *n.* 28, propoſe une eſpece dans laquelle il fait uſage des principes ci-deſſus.

» Mœvius, originaire du Pays du Maine, vient s'établir à » Paris; il ſe marie; il y paſſe ſon contrat de mariage; ſon » bien conſiſte en quelques immeubles ſitués en la Coutume » du Maine. Par le contrat de mariage, il n'étoit rien dit tou» chant le douaire; la femme décede, & après elle ſon mari, » laiſſant trois enfants. Le mari, depuis ſon mariage, avoit » vendu ſes héritages ſitués en la Province du Maine. Les en-

» fants, après le décès du pere, renoncent à sa succession, & » déclarent qu'ils se tiennent au douaire, & font assigner ceux » auxquels leur pere avoit vendu ses héritages qui étoient situés » au Pays du Maine, pour être condamnés à se départir de la » possession & jouissance du tiers des héritages qu'ils ont ac- » quis de leur pere, & à en rapporter les fruits.

» Les acquéreurs se défendent, & disent que par la Coutume » du Maine, où les héritages sont situés, le douaire est seule- » ment viager pour la femme, & n'est pas propre aux enfants ; » que le pere avoit été en droit de vendre les héritages à lui » appartenants; que la mere étant décédée avant le pere, les » enfants n'ont point de douaire à prétendre sur les héritages » par eux acquis, & qu'ils doivent être renvoyés de leur de- » mande.

» Les enfants au contraire, disent que le contrat de mariage » de leur pere & mere ayant été passé à Paris, où le douaire est » propre aux enfants, ils sont bien fondés à prendre douaire » coutumier sur les héritages qui appartiennent à leur pere au » temps de son mariage, quoique situés en la Coutume du Mai- » ne, où le douaire coutumier n'est que viager ; qu'il est bien » vrai que le douaire coutumier des enfants doit être réduit » au tiers des héritages qui sont situés dans la Coutume du » Maine; mais qu'il est propre, & qu'il en faut juger de mê- » me, comme si par le contrat de mariage on avoit expressé- » ment stipulé que le douaire coutumier seroit propre aux en- » fants sur les héritages situés au Maine.

» Les enfants, dit Renusson, sont sans doute mal fondés » dans leur prétention : la raison est que les pere & mere n'ayant » rien dit, par leur contrat de mariage, du douaire, on doit » régler le douaire suivant la disposition de la Coutume où les » héritages sont situés; les pere & mere sont censés n'avoir » point eu d'autre volonté, puisqu'ils n'ont fait aucune stipu- » lation contraire; il faut suivre purement & simplement la » disposition des Coutumes; c'est-à-dire, que si le pere avoit » des héritages situés dans la Coutume de Paris, le douaire cou- » tumier seroit propre aux enfants; mais que le pere n'ayant » que des héritages situés au Pays du Maine, où le douaire est » viager, ils n'ont rien à prétendre, se disant douairiers.

Je ne connois qu'un Auteur François, qui est Chaline, qui, dans sa Méthode générale des Coutumes, *reg.* 14, *premiere*

*partie, huitieme exemple*, prétend que le douaire coutumier eſt un privilege ſpécial & perſonnel, une grace particuliere qui ne doit pas être étendue aux perſonnes qui demeurent aux autres Coutumes.

Le douaire coutumier eſt tellement réel, qu'il ne dépend, en aucune maniere, du domicile : en quelque Coutume que le mari ait été domicilié au jour de ſon mariage, ſa veuve a droit de douaire coutumier en ſimple uſufruit pour elle, ou propre à ſes enfants, ſelon que la Loi de la ſituation l'accorde.

Ainſi la Coutume du domicile matrimonial peut n'en point accorder ; mais la veuve en aura où la Loi de la ſituation en donne : & ſi la Loi du domicile matrimonial en accorde, & que la Loi de la ſituation n'en accorde pas, elle n'en aura pas, & les enfants en auront en propre dans une Coutume, & n'en auront pas dans l'autre, ſelon la diſpoſition de la Loi de la ſituation.

Quand la femme eſt réduite au douaire coutumier, & que les biens du mari ſont ſitués, partie en Coutumes où le douaire eſt viager, & partie dans une Coutume qui accorde aux enfants une portion des biens de leur pere, pour leur tenir lieu de douaire, laquelle portion ne peut leur être ôtée par aucune convention, ſi les créanciers antérieurs au douaire, font vendre les biens ſitués dans cette derniere Coutume ; il a été jugé que les enfants n'avoient point de récompenſe ſur les biens ſitués en Coutumes où le douaire eſt viager, de la propriété qu'ils perdent, & ce, par Arrêt de 1650, rapporté au ſecond tome du Journal du Palais, *page* 1002, dans l'eſpece ſuivante.

Par l'Article 400 de la Coutume de Normandie, la propriété du tiers deſtiné par la Coutume, pour le douaire de la femme, eſt acquiſe aux enfants, du jour des épouſailles, ſans que le mari puiſſe le vendre, engager, ni hypothéquer.

Dans les Provinces d'Anjou, du Maine & Perche, le douaire n'eſt pas propre aux enfants ; ce n'eſt qu'un uſufruit pour la femme.

Le ſieur Céſar de Langan avoit épouſé Dame Charlotte de Conſtantin.

Il avoit des biens ſitués au Perche & au Maine, & en Normandie ; ſa veuve avoit fait vendre ceux de Normandie pour la répétition de ſa dot : il reſtoit des créanciers poſtérieurs.

Les enfants prétendoient qu'au moyen de la vente des biens de Normandie, ils avoient un recours & une récompenſe pour leur douaire coutumier, ſur les biens du Perche & du Maine; ce qui avoit été jugé par Sentence de Mortagne, & ce qui fut infirmé par l'Arrêt ci-deſſus, par le principe que les enfants ne réclamant que le droit accordé par la Coutume de Normandie, & les Coutumes étant réelles, celle de Normandie, qui donne la propriété du tiers des biens du mari aux enfants du mariage, n'agit & n'a effet que ſur les biens de Normandie, qui étant vendus pour une cauſe antérieure au mariage, doivent être regardés comme n'ayant jamais été *in bonis* du mari.

Lebrun, en ſon Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 5, *ſect.* 2, *n.* 57, décide au contraire que les enfants pourront demander douaire dans les autres Coutumes où il n'eſt que viager, par une eſpece de ſubrogation du douaire, ou plutôt de l'hypotheque du douaire, & que les dettes antérieures étant réparties ſur toutes les Coutumes, les enfants doivent avoir dans les Coutumes de viage, ce qu'ils perdent dans les Coutumes de propriété.

Cette déciſion de M. Lebrun préſuppoſe une convention de douaire propre aux enfants, & qui donne une hypotheque; ce qui ne ſe rencontroit pas dans l'eſpece du ſieur Marquis de Langan. Il faut convenir que ce que décide ici M. Lebrun, eſt plus d'accord avec notre Juriſprudence actuelle: car on a jugé pluſieurs fois, tant au Châtelet, qu'au Parlement, que dans le cas d'une carence de biens ſuffiſants, ſi les créanciers hypothécaires qui avoient droit, tant ſur les meubles de leur débiteur, que ſur ſes immeubles, étoient payés entiérement ſur les immeubles, ceux des créanciers hypothécaires ſur qui les fonds manquoient, pouvoient, comme ſubrogés aux droits des créanciers payés, ſe venger ſur les meubles, & prendre la part & portion que les créanciers payés auroient pu avoir dans la contribution des meubles; parce que dans une inſuffiſance de biens, les créanciers hypothécaires devoient, pour leur paiement, ſe venger, tant ſur les meubles, que ſur les immeubles, puiſque les uns & les autres leur étoient également obligés.

AUTRE QUESTION *Qui approche bien de la précédente.*

Un homme eſt marié dans la Coutume de Paris; il doue ſa femme d'un douaire préfix, avec faculté d'opter le coutumier, ſuivant l'Article 262; mais le mari qui a d'ailleurs un mobilier ſuffiſant pour acquitter le douaire, n'a des biens ſujets

jets au douaire coutumier, que dans des Coutumes qui le font viager, avec prohibition, la femme pourra-t-elle opter le douaire coutumier, au préjudice de ſes enfants?

On dit, d'une part, que la femme ayant l'option de l'un, ou l'autre douaire, elle uſe de ſon droit, quand elle opte le coutumier; qu'elle peut conſulter ſes intérêts par préférence à ceux de ſes enfants; que d'ailleurs, en optant le coutumier, elle ramene les choſes à la diſpoſition des Loix, au point où on auroit pu les placer lors du contrat de mariage, en ſtipulant un douaire coutumier, ou en n'en ſtipulant point. La femme pouvoit même ſtipuler qu'elle n'auroit point de douaire, & ſes enfants n'en auroient pas eu, *quæ invidia* qu'elle en ait, & que ſes enfants n'en aient pas, quand la Loi de la ſituation le veut ainſi?

D'un autre côté, l'on dit que la femme mariée à Paris, a un douaire néceſſairement propre aux enfants; que les enfants ont un droit certain du jour de la célébration du mariage, auquel les pere & mere ne peuvent toucher, & que l'option poſtérieure de la mere ne ſauroit préjudicer aux enfants.

Pour moi j'eſtimerois qu'il n'y a point de fraude dans l'option de la mere: elle uſe de la faculté à elle accordée par ſon contrat de mariage; elle opte le douaire coutumier pour ſon utilité & ſon avantage: les enfants n'ont point à ſe plaindre; ils doivent céder aux circonſtances: ſi leur pere n'avoit fait aucune convention, ils n'auroient point de douaire, puiſqu'il n'a aucuns biens où le douaire ſoit propre; s'il en avoit fait une, mais qu'il ne laiſſât rien, ils n'en auroient pas encore, & ils doivent prendre les choſes comme elles ſe trouvent naturellement, & ſans fraude: ſi les créanciers antérieurs au douaire, avoient fait vendre les biens ſitués dans des Coutumes où le douaire coutumier eſt propre, & qu'il ne reſtât des biens que dans des Coutumes où le douaire n'eſt que viager, on a jugé par l'Arrêt de Langan, dont nous venons de parler, que les enfants n'auroient pas de douaire, & c'eſt, je crois, le cas où cet Arrêt pourroit avoir lieu.

AUTRE QUESTION.

Voici encore une eſpece ſinguliere dont je crois être obligé de rendre compte, d'autant plus que l'ayant déja rapportée en mes Queſtions Mixtes, *Queſtion* 12, dans un temps où je n'étois inſtruit que ſur le Mémoire d'une des Parties, le procès

m'a depuis paſſé par les mains, & j'ai reconnu que les Parties de part & d'autre, avoient fait conſiſter le point de la difficulté dans une queſtion fort étrangere, & n'avoient point préſenté le véritable objet de déciſion.

François Marque, ſieur de Cheſſi, domicilié à Paris, ſe maria avec Demoiſelle Marie-Jeanne Marcel.

Par le contrat de mariage paſſé à Paris, le 12 Janvier 1712, les Parties ſtipulerent qu'il n'y auroit point de communauté entre eux; il ne fut parlé d'aucun douaire.

François Marque avoit une partie de ſes biens en Bourgogne; il y fut avec ſa femme, pour quelques affaires, & il y mourut le 27 Avril 1713, mais toujours domicilié à Paris.

Après ſon décès la Dame Marcel ſa veuve, forma ſa demande en délivrance de douaire, notamment ſur les biens de ſon mari, ſis en Bourgogne.

Antoine Marque, frere de François, lui conteſtoit ſon douaire ſur les biens ſis en Bourgogne. Le ſeul & unique moyen qu'on lui fit propoſer pour lors, étoit que François Marque avoit été marié à Paris, & non ſelon la Coutume générale de Bourgogne; & que pour profiter du douaire en Bourgogne, il falloit être marié ſelon la Coutume générale du Duché de Bourgogne, ſuivant l'Article 25 de ladite Coutume, qui eſt l'*art.* 6 du *ch.* 4, dont voici les termes. *Femme mariée ſelon la générale Coutume de Bourgogne, eſt douée, après le trépas de ſon mari, ſur la moitié des héritages anciens de ſondit mari, dont il eſt mort vêtu & ſaiſi, pour en jouir durant ſa vie, &c.*

Les Parties, de part & d'autre, réduiſoient la queſtion à ſavoir ſi ces termes de l'Article ci-deſſus, *ſelon la Coutume générale de Bourgogne*, devoient être liés avec les précédents, *femme mariée*, de ſorte qu'il fallût entendre l'Article, d'une femme dont les conventions de mariage ſeroient référées à la Coutume générale de Bourgogne, ou ſi l'on devoit les faire tomber ſur le ſurplus de l'Article; de ſorte qu'il fallût entendre l'Article, *de toute femme mariée qui eſt dès ce moment douée ſuivant la Coutume générale de Bourgogne;* dans le Mémoire de la Dame Marcel, qui me tomba entre les mains, *ne verbum quidem* de cette circonſtance eſſentielle, qu'il n'y avoit point de communauté entre le mari & la femme: l'on ne penſa nullement, de la part d'aucune des Parties, ni à oppoſer les *Art.* 19 & 20 *du Ch.* 4 de cette Coutume, ni à répondre aux conſéquences qui en réſultent.

Ces Articles portent, » que la femme qui renonce avec les » formalités qui y ſont preſcrites, ſera quitte des dettes de ſon » mari & d'elle, & avec ce, ne prendra aucun douaire coutu- » mier ou divis ſur les biens de ſondit mari ; » d'où il étoit aſſez conſéquent de conclure que puiſque dans cette Coutume, la femme qui renonce à la communauté n'a point de douaire, celle non commune & au profit de laquelle il n'avoit été ſtipulé aucun douaire, n'en devoit avoir aucun ; le moyen du moins méritoit bien d'être propoſé, mais il ne le fut point.

Auſſi par le premier Arrêt, qui intervint le 25 Janvier 1724, il fut ordonné que les Parties ſe retireroient par devers les Gens du Roi du Parlement de Bourgogne, pour avoir un acte de notoriété dudit Parlement, par lequel ils marqueroient ſi une femme mariée dans la Coutume de Paris, à un homme originaire de Bourgogne, & qui y a la plus grande partie de ſes biens, mais qui étoit domicilié à Paris lors du mariage, dont le contrat de mariage eſt paſſé pardevant deux Notaires à Paris, dans lequel il n'y a aucun douaire ſtipulé, & qui eſt décédé en Bourgogne, où il étoit allé avec ſa femme, doit avoir un douaire coutumier ſur les biens de ſon mari, ſitués en Bourgogne, ainſi qu'elle l'a ſur les biens ſitués dans la Coutume de Paris, pour ledit acte de notoriété rapporté à la Cour, &c.

Les Avocats du Parlement de Bourgogne furent conſultés ſur la queſtion, telle qu'elle eſt poſée dans l'Arrêt : quatorze furent d'avis qu'il n'étoit pas dû de douaire ſur les biens ſitués en Bourgogne, & douze furent d'avis qu'il en étoit dû. J'aurois ſouhaité pouvoir donner au Public ces deux Conſultations ; mais je n'ai pu recouvrer que celle qui ſuit.

» L'on demande ſi une femme mariée dans la Coutume de Pa- » ris à un homme originaire de Bourgogne, & qui y a la plus » grande partie de ſes biens, mais qui étoit domicilié à Paris » lors du mariage, dont le contrat de mariage y a été paſſé par- » devant deux Notaires, à Paris, dans lequel il n'y a aucun » douaire ſtipulé, & qui eſt décédé en Bourgogne, où il étoit allé » avec ſa femme, doit avoir un douaire coutumier ſur les biens » de ſon mari ſitués en Bourgogne, ainſi qu'il lui a été adjugé » ſur les biens de ſon mari ſitués dans la Coutume de Paris, » par un Arrêt du même Parlement, du 25 Janvier 1724, ſi » cette queſtion a été jugée par quelques Arrêts du Parlement » de Bourgogne, & comment.

» Les Conſeils ſouſſignés répondent qu'ils n'eſtiment pas que » l'on puiſſe trouver aucuns préjugés ſur la queſtion, parce » qu'il n'y a pas apparence qu'elle ait pu être mue.

» La raiſon eſt que la diſpoſition d'une Loi municipale, ne » comprenant que ce qui eſt dans l'étendue des lieux qu'elle » régit, ne peut jamais, & en aucuns cas, ſe porter ni avoir » force dans les autres qui n'y ſont pas ſujets.

» Or, l'effet de cette Loi ſe fixe & ſe limite toujours aux » perſonnes & aux biens que chaque Coutume peut & doit » régir; & comme la Coutume de Paris, par les Articles 247 » & 248, fixe le douaire des femmes mariées ſelon elle, en- » core qu'il n'ait été conſtitué, ni octroyé par exprès au traité » de leur mariage, à la moitié des héritages que leurs maris » tiennent & poſſedent au jour des épouſailles, cette regle ne » peut comprendre que les perſonnes, ou les biens aſſis & ſitués » dans la Coutume de Paris, & nullement ceux qui peuvent » l'être dans une Province éloignée ou voiſine, qui auroit » d'autres regles & d'autres Loix.

» Ce principe paroît même confirmé par l'Arrêt du Parle- » ment de Paris, que l'on cite dans la propoſition du cas, puiſ- » que ſi l'on avoit pu penſer que le douaire comprend tout, ou » la moitié de tous les biens du mari, quelque part & en quel- » ques Pays ou Provinces qu'ils fuſſent ſitués, ſoit Coutumiers » ou de Droit écrit, la femme dont il s'agit auroit été par-tout » ſaiſie à l'inſtant du décès de ſon mari.

» Cet Arrêt n'auroit pu laiſſer de doute, & n'eut pas manqué » d'adjuger indéfiniment le douaire, ſur tous les immeubles ou » héritages anciens du mari, ſans diſtinction, ni exception.

» Ainſi cet Arrêt fait ſuffiſamment comprendre que le Par- » lement de Paris a ſenti que l'effet de ſa Coutume ne por- » toit pas au-delà des Pays qui y ſont ſoumis.

» Et de même qu'une femme mariée, ſelon la Coutume du » Duché de Bourgogne, qui contracte pour elle, ne pourroit » raiſonnablement prétendre que ſon douaire comprendroit les » biens de ſon défunt mari ſitués en Coutume de Paris ou d'au- » tres, de même auſſi par réciprocité une femme mariée, ſe- » lon celle de Paris, ne peut prétendre douaire ſur les biens » que ſon mari a délaiſſés dans le Pays du Duché de Bourgo- » gne.

» Or dans cette Province coutumiere, avec tous les anciens &

» modernes Commentateurs de ſa Coutume, nous tenons pour » inconteſtable qu'une femme non mariée dans le Duché, ni, » ſelon la Coutume du Duché de Bourgogne, ne peut préten- » dre le douaire par elle fixé, c'eſt-à-dire, rien prétendre ſur » les biens que le mari y poſſédoit au temps du mariage.

» L'*art.* 6 du titre des droits & appartenances à gens ma- » riés de la même Coutume, ne peut être autrement expliqué, » ni entendu, puiſqu'il ne diſpoſe ſpécialement que pour les » biens & les ſujets de la même Province.

» L'interprétation de cet Article, faite au 195^e^ des cahiers, » le fait parfaitement comprendre, en diſtinguant les cas aux- » quels une femme peut être réputée mariée, ſelon la Coutu- » me, pour profiter des avantages de ſa diſpoſition, ſi elle eſt » menée au domicile du mari réſidant en Bourgogne, du temps » de ſon traité; deux conditions indiviſibles & également requi- » ſes par les Commentateurs & par l'uſage : car il ne ſuffiroit pas » pour être réputée mariée, ſelon la générale Coutume du Duché » de Bourgogne, & prendre ſon douaire ſur les biens que ſon dé- » funt mari poſſédoit, qu'une femme y fût venue prendre do- » micile avec lui après ſon mariage contracté hors du Duché, » & dans le temps qu'il n'y étoit pas domicilé; il faut néceſſai- » rement pour cela que le mari réſidât au Duché, lorſqu'il a » contracté mariage hors du Duché, pour ainſi dire, occaſion- » nellement; & qu'après le mariage la femme ſoit venue, & » ait été menée au domicile précédent.

» L'une de ces conditions manquant, de la réſidence actuelle » du mari dans le Duché de Bourgogne, lorſqu'il a contracté » mariage, & du retour de la femme au domicile du mari, » elle ne peut plus être réputée mariée, ſelon la générale Cou- » tume de ce Pays, ni prendre le douaire qu'elle preſcrit.

» D'où il ſuit que toute femme mariée hors du Duché de » Bourgogne, dans le temps & avec un mari qui n'y réſidoit » pas, & qui avoit ſon domicile fixé & habitué hors du Duché, » quand lui & elle ſeroient poſtérieurement au traité de ma- » riage venus conjointement réſider en Bourgogne, n'étant » point cenſés, ni réputés mariés, ſelon la générale Coutume » de cette Province, elle ne pourroit prétendre le douaire qu'elle » a aſſigné ſur les biens du mari qui y ſeroient ſitués : il n'y a » pour cela qu'à lire les Commentaires de Bégat, Deſpringles » & Taiſant, ſur l'Article cité de la même Coutume; l'*art.* 195

» des cahiers faits pour ſon interprétation, & les remarques » de l'Auteur des Inſtituts au Droit coutumier de cette Pro- » vince, *pag.* 97 *de l'édition de* 1697 ; parce qu'encore une » fois chaque Coutume ne diſpoſe que pour les perſonnes ou » les biens qui lui ſont ſoumis.

» Ainſi dans l'eſpece propoſée, & ſur laquelle on conſulte, le » mari & la femme étant au temps de leur mariage réſidents & » domiciliés à Paris, le contrat de leur mariage y ayant été paſſé » pardevant deux Notaires de Paris, quand incontinent après » cela ils ſeroient venus contracter un nouveau domicile au » Duché de Bourgogne, ne pourroient jamais être réputés, ni » cenſés être mariés ſelon la générale Coutume de ce Pays, ni » par conſéquent la femme prétendre un douaire par la force » de cette Coutume, ſur les biens qui y ſont ſitués qui appar- » tenoient à ſon mari, & en même-temps un double douaire » par la force de celle de Paris, qui le lui attribue, ſans ſtipula- » tion, ſur ceux qu'il poſſédoit dans l'étendue de celle-ci, dont » elle eſt préſumée s'être contentée par ſon mariage, dont le » contrat ne contient aucune ſtipulation de douaire divis & » préfix, qui par cette raiſon ſe reſtreint aux biens ſitués, com- » me il ſe regle par la diſpoſition de la Coutume où les parties » réſideroient, & ſelon laquelle elles ont contracté.

» La circonſtance du décès du mari dans le Duché de Bour- » gogne, où il étoit venu avec ſa femme apparemment pour » veiller à ſes affaires, ou aux biens qu'il y poſſédoit, eſt tout à » fait indifférente à la queſtion : car nul douaire en Bourgo- » gne, ſi l'on n'eſt point marié, ou ſi l'on n'eſt pas réputé l'être, » ſelon la Coutume de ce Pays. Or en fait, ceux dont il s'agit » n'y avoient point contracté, ni été mariés ; le mari n'y réſidoit » pas, & étoit domicilié lors du traité & du mariage, à » Paris : quand l'un & l'autre ſe ſeroient dans la ſuite établis » en Bourgogne, cela ne changeroit point le ſort & l'effet de » leur contrat, & par conſéquent, &c.

» Délibéré à Dijon, le 25 Avril 1724, *ſigné*, Thibaut, Va- » renne, Normand, Raviot, Barbuot, Thoreau, Baillot, » Briois, Fromageot, Bridou, Bannelier, Juillet.

Meſſieurs les gens du Roi, à leur égard, donnerent un Acte en ces termes. » Nous, &c. certifions qu'après une exacte recher- » che ſur les regiſtres du Parlement, nous n'avons trouvé aucun » Arrêt de préjugé ſur la queſtion, au ſujet de laquelle Meſſieurs

» du Parlement de Paris nous ont fait l'honneur de nous ren-
» voyer les Parties dénommées dans l'Arrêt du 25 Janvier 1724,
» pour avoir de nous un acte de notoriété dudit Parlement.
» Donné à Dijon, le deuxieme jour du mois de Mai 1724,
» *ſigné*, THIERRY & GENEAU.

J'ai marqué en mes queſtions mixtes, queſtion 12, quel fut l'avis de M. le P. Bouhier, qui fut conſulté en particulier ſur cette queſtion, & j'ai cru faire un vrai préſent au Public, en lui donnant la ſavante Diſſertation qu'il fit, & qui forma la déciſion qui intervint par l'Arrêt du 6 Septembre 1729. Cet Arrêt adjugea à la veuve pour douaire la moitié du revenu des biens ſitués en Bourgogne, ayant appartenu au défunt ſieur de Cheſſy, & qui étoient de la qualité preſcrite par la Coutume de Bourgogne.

Mais je ne puis me diſpenſer de remarquer que lorſque M. le P. Bouhier fut conſulté dans cette affaire de la Dame Marcel, & qu'il donna la Diſſertation dont je viens de parler, on ne lui expoſa nullement que la veuve n'étoit pas en communauté; & comme le contrat de mariage étoit paſſé à Paris, où la communauté eſt de Loi, le ſilence ſur cet article lui donna lieu, ſans doute, comme à moi, de croire que la veuve étoit commune, & acceptoit la communauté, & c'eſt dans cette préſuppoſition que je crois qu'il a donné ſon avis.

C'eſt pourquoi, dans mes queſtions mixtes, j'ai, par les mêmes raiſons, annoncé la Dame Marcel, comme commune, n'ayant point trouvé dans ſon Mémoire imprimé, qui eſt le ſeul que je vis pour lors, cette circonſtance ſi importante, qui eſt que le contrat de mariage portoit une non-communauté de biens, n'étant point dit non plus qu'elle eût renoncé à la communauté, & l'Arrêt qui ordonnoit l'acte de notoriété, ne m'ayant en aucune maniere permis de ſoupçonner aucun de ces faits.

Je ne ſaurois croire que cette affaire n'eût pas ſouffert une toute autre difficulté, ſi au lieu de traiter une queſtion vague & générale, comme firent les parties, on s'étoit rabattu ſur le défaut de communauté & ſur le défaut de ſtipulation de douaire.

En effet, la Dame Marcel, mariée à Paris, étoit non commune avec ſon mari, & il n'avoit été ſtipulé aucun douaire à ſon profit.

Dans ces circonſtances, n'y ayant point de douaire préfix, la veuve ne pouvoit prétendre que le coutumier; elle ne pouvoit le tenir en Bourgogne, que de la Loi de Bourgogne, & nullement de la convention.

Mais la Loi de Bourgogne n'accorde douaire à une veuve, que ſous certaines conditions & modifications; c'eſt à ſavoir que la femme commune accepte la communauté.

Dès-lors la prétention de la Dame Marcel étoit ſuſceptible d'une queſtion importante, qui étoit de ſavoir s'il falloit appliquer à une veuve non commune, par ſon contrat de mariage, la diſpoſition des *art.* 19 & 20 du *chap.* 4 de la Coutume de Bourgogne, qui ne parle que de la femme commune & renonçante.

A l'occaſion de cette Coutume, & pour d'autant mieux en pénétrer l'eſprit, on peut agiter deux autres queſtions; la premiere eſt de ſavoir ſi la Coutume de Bourgogne eſt prohibitive de toute convention de douaire au profit d'une veuve qui n'accepte pas la communauté; la ſeconde queſtion conſiſtera à ſavoir ſi une femme mariée à Paris, où la veuve non commune, ou renonçante à la communauté, ne laiſſe pas que d'avoir le douaire préfix, ou même le coutumier, elle ne doit pas avoir du moins le coutumier, à défaut de ſtipulation d'un préfix dans la Coutume de Bourgogne.

## QUESTION PRINCIPALE.

*Si le douaire que la Coutume de Bourgogne refuſe à une veuve renonçante à la communauté, doit être refuſé à une veuve non commune par ſon contrat de mariage.*

M. le Préſident Eſpiard m'a fait l'honneur de me marquer qu'il trouvoit une différence eſſentielle entre la ſtipulation de non communauté portée par un contrat de mariage, & la renonciation à la communauté faite par la femme, après la mort de ſon mari. Dans le premier cas, la ſtipulation de non communauté ſe faiſant de l'agrément des Parties, & ſans que l'honneur du mari en ſouffre atteinte, on ne trouve aucune raiſon de priver la femme du douaire coutumier ſur les biens ſis en Bourgogne; d'où on conclut qu'elle doit jouir de ſon douaire coutumier, nonobſtant une pareille ſtipulation; mais qu'il n'en

eſt

eſt pas de même de la renonciation à la communauté faite par la femme, après la mort de ſon mari : car cette renonciation eſt regardée en Bourgogne, comme très-odieuſe, & tendante à flétrir la mémoire du défunt ; c'eſt pourquoi on obligeoit la veuve à ſe *deſceindre* dans les vingt-quatre heures, & à jetter les clefs ſur la foſſe de ſon mari.

Rodenburgh, 2^e. *partie*, *tit.* 4, *ch.* 1, *n.* 7, obſerve que la même formalité ſe ſuit à Utrecht, & c'eſt à cauſe de cet affront qu'elle étoit cenſée faire à la mémoire de ſon mari, qu'on la puniſſoit de la perte de ſon douaire.

Je ne haſarderai point de décider cette queſtion ; je la laiſſe à ceux qui ſont nourris dans le Droit de Bourgogne, & j'oſe perſiſter à dire que l'affaire de la Dame Marcel, agitée dans ce point de Droit, qui ſe préſentoit naturellement, tant du contrat de mariage du ſieur François Marque, que des Articles de la Coutume de Bourgogne, auroit donné lieu à un interlocutoire différent de celui qui a été rendu, & ſur lequel l'Arrêt définitif eſt intervenu.

Suppoſons que par l'événement on eût décidé qu'en Bourgogne, la femme non commune ne doit pas être regardée comme la femme renonçante, & que la Coutume n'excluant nommément du douaire, que la renonçante, celle qui eſt non commune ne doit pas ſubir pareille excluſion, il s'enſuivroit qu'effectivement la Dame Marcel non commune, auroit pu prétendre le douaire coutumier en Bourgogne.

Mais oublions la Dame Marcel, & pour l'éclairciſſement des difficultés qui peuvent ſe préſenter à l'occaſion des *art.* 19 & 20 ci-deſſus, ſuppoſons, 1°. qu'une femme mariée à Paris, avec communauté, eût ſtipulé un douaire préfix. 2°. Qu'étant commune, elle n'en eût pas ſtipulé, & que dans l'un & l'autre cas elle eût renoncé par la ſuite à la communauté, auroit-elle dû, dans les deux cas, avoir en Bourgogne ſon douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier ?

Pour l'examen de ces deux hypotheſes, il convient de ſavoir, 1°. ſi la Coutume de Bourgogne eſt prohibitive de tout douaire, au profit d'une veuve qui renonce à la communauté. 2°. Suppoſé qu'elle ne ſoit pas prohibitive, ne faut-il pas du moins une convention expreſſe de la part des conjoints, que la veuve prendra ſon douaire, même en renonçant ? & la Coutume de Paris donnant un douaire à la femme renonçante, ce droit de la

Coutume de Paris, paſſe-t-il en convention de la part des conjoints, de le prendre par-tout ailleurs?

## *PREMIERE QUESTION.*

La Coutume de Bourgogne eſt-elle prohibitive de tout douaire, pour une veuve qui renonce à la communauté?

Nous avons deux Auteurs, du Molin & Chaſſeneuz qui, ſur les *art.* 2 & 20 *du tit.* 4 *de la Coutume de Bourgogne*, ſembleroient, au premier coup d'œil, n'être pas d'accord entre eux. Chaſſeneuz dit que la Coutume de Bourgogne eſt prohibitive en cette partie, & Me Ch. du Molin ne la regarde que comme négative. Cependant ces deux Auteurs, quoique parlant différemment, ſe réuniſſent dans une même déciſion, ſur l'eſpece qu'ils propoſent.

Chaſſeneuz, ſur l'*art.* 2 *du Chapitre* 4 ci-deſſus, *verbo*, ſelon la générale Coutume de Bourgogne *in fine*, demande, *an ſi Burgundus habens bona in Ducatu, contrahat matrimonium cum Nivernenſe, & in loco domicilii uxoris, & fuerit dictum quod contractus matrimonii regularetur ſecundùm conſuetudinem Nivernenſ. an in bonis mariti exiſtentibus in Ducatu Burgundiæ debeat ſervari conſuetudo Nivernenſis*, & il répond, *dixi amplè, infrà hoc eod. tit.* §. 20, *in gloſſ.* & avec ce, *quæ eſt finalis.*

Chaſſeneuz juſques-là ne propoſe qu'une theſe générale, qui eſt de ſavoir ſi un Bourguignon domicilié en Bourgogne, qui prend une femme dans le Nivernois, peut ſtipuler que leur contrat ſera réglé par la Coutume de Nevers, & ſi en vertu de cette convention, il faudra obſerver les diſpoſitions de la Coutume de Nevers, ſur les biens appartenants au mari, & ſitués dans la Coutume de Bourgogne; mais outre que cette queſtion trop générale pourroit, en particulier, n'avoir point d'application au douaire, Chaſſeneuz ne la décide ni en tout, ni en partie, & renvoie au §. 20, ſur ces mots, *& avec ce.*

Me. Ch. du Molin a cru devoir prévenir la déciſion de Chaſſeneuz, & il la donne en un ſeul mot *ſic.*

Chaſſeneuz ſur le §. 20, où nous venons de dire qu'il a renvoyé ſa queſtion générale, n'y propoſe qu'une queſtion réduite & limitée au douaire. La voici. *Quidam Burgundus accepit in uxorem quamdam Nivernenſem quæ poſt ejus mariti mortem, fecit prædictas renunciationes, & tamen licet bona ejus ma-*

*riti ſint in Burgundia, fuit dictum in contractu matrimonii celebrati in patria Nivernenſi, quod dictus contractus regularetur ſecundùm conſuetudinem Nivernenſem. An hoc caſu debeat habere doarium ſuper bonis exiſtentibus in Ducatu, attentâ dictâ renunciatione, hoc eſt quærere an potuerint facere partes, quod nonobſtante conſuetudine hâc, conſuetudo Nivernenſis poſſit, & debeat obſervari in bonis exiſtentibus in Burgundia.*

Chaſſeneuz, ſur cette derniere queſtion, expoſe d'abord qu'au moment qu'il écrit, elle eſt pendante en Juſtice. *Iſta quæſtio eſt in facto inter nobiles & non eſt deciſa.* Il propoſe contre la veuve des moyens très-preſſants. *Sunt duæ conſuetudines, una naturalis quæ eſt conſuetudo Ducatûs Burgundiæ, quæ eſt realis & reſpicit rem, ſeu diſponit circa rem, & illa conſuetudo tanquam realis quæ diſponit circa bona, inſpicienda eſt in bonis exiſtentibus intra territorium illius conſuetudinis. Alia eſt accidentalis, quæ venit ex voluntate contrahentium, ſcilicet conſuetudo Nivernenſis; ſed ſic eſt quod ubi ſunt duæ cauſæ, una naturalis, alia accidentalis, præfertur naturalis ..... Item ubicumque ſunt duæ cauſæ, una permiſſiva, alia prohibitiva, ſemper attendi debet prohibitiva, non permiſſiva;* & il fait l'application de ces principes aux Coutumes de Nivernois & de Bourgogne. Il dit que la premiere eſt permiſſive, & la deuxieme prohibitive : *& ideo cùm ſint contrariæ, tenenda eſt prohibitiva, ſcilicet conſuetudo noſtra in bonis exiſtentibus in Ducatu, cùm conſuetudo ſit realis, & hoc eſt quia licet ſit conventum inter dictas partes, quod dictus contractus in reliquis reguletur ſecundùm conſuetudinem Nivernenſem, tamen per hoc non eſt in totum renunciatum huic conſuetudini Ducatûs Burgundiæ, quæ eſt conſuetudo originis, & domicilii ubi ſunt bona ſuper quibus petitur doarium.* Quelque preſſantes que ſoient ces raiſons, Chaſſeneuz ſe détermine pour le parti contraire : *ego tamen teneo quod veritas ſit in contrarium;* mais par des raiſons ſi inférieures à celles qu'il vient d'alléguer pour l'autre parti, & ſi peu de nos mœurs, qu'il n'eſt pas poſſible de s'y rendre. Ces raiſons ſont que les conjoints pouvoient ſe ſoumettre à la Juriſdiction de Nevers, & qu'en s'y ſoumettant, c'étoit en adopter les Loix. Voici ſes termes : *ſed partes conſenſu eorum poſſunt ſortiri forum extra territorium de quo agitur. Ergò & ſtatutis ejus ligari,* & il ajoute ce terme *cogita;* ce qui laiſſe dans l'incertitude de ſavoir s'il croit que ſa déciſion peut demander de plus amples réflexions

& plus d'examen, ou s'il regarde ſa déciſion comme une déciſion importante, & qui eſt bien à retenir. *Cogita.*

Suivant ce que nous venons de rapporter de Chaſſeneuz, on voit qu'il faut néceſſairement entendre le terme *prohibitoria* qu'il emploie, par celui de *negatoria*. Autrement ſa déciſion ne pourroit abſolument pas ſe ſoutenir.

Me. Ch. du Molin s'explique auſſi laconiquement ſur cette queſtion particuliere de Chaſſeneuz, que ſur la générale. Voici ce qu'il dit ſur ces mots du Commentaire de Chaſſeneuz : *in bonis exiſtentibus in Burgundia, non eſt dubium quin poſſint.*

Ainſi Me. Ch. du Molin, comme Chaſſeneuz, eſtime que la Coutume de Bourgogne n'eſt que négative d'un douaire, au profit d'une femme renonçante à la communauté, & n'eſt pas prohibitive d'une convention contraire.

A ces deux autorités j'en joindrai une troiſieme qui ſera ſans doute d'un grand poids; c'eſt celle de M. le Préſident Bouhier dans le Mémoire qu'il m'a envoyé ſur mes Diſſertations mixtes imprimées.

Ce Magiſtrat m'écrit ainſi. « Je ne ſaurois convenir que les » Articles de la Coutume de Bourgogne, ſur la perte du douai» re, en cas de renonciation à la communauté, ſoient prohi» bitifs. Si cela étoit, on n'y pourroit pas déroger par les con» trats de mariage, ſuivant la Loi 5, *C. de Legibus;* & cepen» dant rien n'eſt plus trivial en Bourgogne, que ces ſortes de » dérogations; » & à l'égard de l'inconvénient que je lui avois allégué, qui eſt que ſi le douaire a lieu en renonçant, les biens du mari ſe trouveront chargés non-ſeulement des dettes de la communauté, mais encore du douaire, contre les termes des *art.* 19 *&* 20; il me répond que » cet inconvénient n'eſt » pas plus grand en Bourgogne, que dans les autres Coutumes » où l'on autoriſe de pareilles ſtipulations.

Enfin, nous avons encore une autre autorité que je trouve dans le nouveau Coutumier, donné par M. de Richebourg; c'eſt une note de M. Thomas Chauvelin ſur ces mots de l'*art.* 19 ci-deſſus, *douaire coutumier* ou *divis;* en voici les termes: » ſinon qu'il y ait expreſſe convention ou traité & dérogation à » la Coutume, ainſi qu'il a été jugé au Parlement de Bourgogne, » contre la Demoiſelle Gabrielle de Vaudray, veuve de Gaſpard » d'Epignac, contre ſa fille, & les créanciers dudit ſieur ſon ma» ri, par deux Arrêts des 14 Août 1596, & 4 Décembre 1597. »

Je l'avouerai de bonne foi : guidé par les notions générales, j'ai cru en la 13^e^ Diſſertation de mes queſtions mixtes, que la diſpoſition de cette Coutume étoit conçue en des termes qui marquoient ſuffiſamment une prohibition de rien ſtipuler au contraire.

Mais il n'eſt pas poſſible, après les deux Arrêts de 1596 & 1597, cités par M. Chauvelin, & un troiſieme, dont je vais parler, & après les autorités que je viens de citer, de ſe refuſer à une déciſion ſi bien appuyée, qui eſt que la Coutume de Bourgogne n'eſt que négative, & non prohibitive d'un douaire, en cas de renonciation de la part d'une veuve à la communauté : elle a les apparences du contraire ; mais le Parlement de Bourgogne a droit d'interpréter ſes Coutumes ; & l'uſage atteſté par des Auteurs graves, & confirmé par des Arrêts, doivent emporter les ſuffrages ; & à cette occaſion, je rétracte volontiers le parti que j'avois pris ſur la queſtion 13 de mes Diſſertations mixtes, pour le cas où il y auroit un douaire convenu, même en renonçant à la communauté, en perſiſtant toujours dans les principes généraux qui m'avoient déterminé, qui ſont que la veuve renonçant à la communauté, ne peut prétendre de douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier dans les Coutumes qui le lui refuſent avec prohibition, pour le cas de renonciation.

## *DEUXIEME QUESTION.*

Cette queſtion eſt de ſavoir ſi la Coutume de Bourgogne, n'étant pas prohibitive d'un douaire dans le cas même de la renonciation à la communauté, il ne ſuffit pas d'une convention préſumée, ou s'il en faut une expreſſe pour l'obtenir.

Cette queſtion ne ſauroit regarder des conjoints mariés & domiciliés en Bourgogne : car, par rapport à eux, il eſt bien certain qu'il ne ſuffiroit pas à une femme commune par ſon contrat de mariage d'avoir ſtipulé un douaire en général, ſi par la ſuite elle venoit à renoncer à la communauté, puiſque la Coutume en prive expreſſément la veuve qui renonce ; mais il faudroit une convention expreſſe qui dérogeât à la Coutume, & qui l'accordât, même au cas de renonciation.

Mais ſi les conjoints étoient mariés dans des Coutumes qui accordent le douaire même en renonçant à la communauté, la ſoumiſſion préſumée à cette Coutume emporteroit-elle une

convention du moins tacite, qui dût avoir lieu dans la Coutume de Bourgogne, audit cas de renonciation ?

Si l'on admet dans cette occaſion le ſyſtême d'une convention préſumée, & qui ſe porte par-tout ailleurs, n'eſt-il pas à craindre d'en faire un principe trop général & trop univerſel ; de ſorte qu'il faille dire indiſtinctement que des conjoints qui ſe marient domiciliés dans un lieu, en adoptent toutes les Loix par une ſoumiſſion du moins tacite, laquelle ſoumiſſion fait que toutes les diſpoſitions de la Loi paſſent en contrat & en convention entre eux ; en ſorte que s'il n'y a pas de douaire expreſſément ſtipulé, il y en a un tacitement convenu, qui eſt celui porté par la Loi du domicile matrimonial, lequel par cette raiſon peut paſſer pour préfix, & peut ſe prétendre partout ? Mais ne ſeroit-ce pas pouſſer trop loin le ſyſtême de la convention préſumée ? ſi cela étoit, *conſequeretur*, dit M. d'Argentré, *art.* 218, de Bretagne, *Statutis omnibus ineſſe conventiones*, & il faudroit régler le douaire, par rapport à des conjoints mariés & domiciliés à Paris, par la diſpoſition de la Coutume de Paris, en quelque endroit que le mari ſe trouvât avoir des biens ; en ſorte que ſi la Coutume de la ſituation n'en donnoit point, comme dans le Pays de Droit écrit, il faudroit néanmoins en donner, parce que la Coutume du domicile matrimonial en donneroit un plus ou moins fort ; ou ſi elle en donnoit ſur les biens d'une autre nature que ceux ſur leſquels la Coutume de la ſituation le donne, il faudroit encore s'y conformer ; en un mot, il faudroit en tout ſuivre la Coutume du domicile matrimonial, comme étant devenue une Loi de convention, & le tout, fors les Coutumes de prohibition.

Ainſi un homme ſe mariant dans la Coutume de Normandie où il étoit domicilié, & ſes pere & mere y étant pareillement domiciliés, ayant conſenti à ce mariage, la veuve qui, aux termes de l'*art.* 369 de cette Coutume, doit avoir douaire ſur les ſucceſſions des pere & mere de ſon mari, encore que ces ſucceſſions échoient depuis le décès dudit mari, il faudroit dans cette eſpece dire que la veuve auroit douaire ſur les biens des pere & mere, qui ſe trouveroient ſitués à Paris, ou dans toute autre Coutume : car enfin il n'y auroit pas de raiſon de donner à une veuve mariée à Paris, douaire coutumier ſur les biens du Pays de Droit écrit, parce que le contrat auroit été

paſſé à Paris, & de le refuſer à une veuve mariée en Normandie, ſur les biens des pere & mere ſitués à Paris, puiſqu'il faudroit ſe régler par la Loi du domicile matrimonial, & non par la Loi de la ſituation, & cela à raiſon de la convention préſumée : le douaire coutumier ne ſeroit ſujet à délivrance, & ne ſeroit acquis que conformément à la Loi du domicile; tout douaire deviendroit alors un douaire préfix ; il n'y en auroit plus de coutumier, ou du moins celui du domicile deviendroit le douaire de toutes les Coutumes, & il ne faudroit plus conſidérer la Loi de la ſituation, ſi ce n'eſt qu'elle fût négative prohibitive.

Ainſi avec ce ſyſtême de convention préſumée, on va tout renverſer : les conjoints mariés & domiciliés dans la Coutume de Paris, qui leur défend de ſe donner autrement que par don mutuel, & de ſe donner d'autres biens que l'uſufruit des conquêts, ne pourroient pas ſe donner les biens ſitués en Coutumes, qui leur permettroient des avantages plus libres & plus étendus, parce que la ſoumiſſion à la Coutume de Paris devenant convention, il faudroit néceſſairement ſe conformer à cette Coutume.

Burgundus a bien ſenti l'inconvénient d'admettre auſſi généralement ce ſyſtême de convention préſumée, & il le réduit à ce qui peut être pur perſonnel. *Enim vero dices, ubi pater inſtruxit domicilium, ibi & in leges conſentire videtur* Voilà ſon objection, & voici ſa réponſe, *recte id quidem, ſi perſonam ſpectaveris, tract.* 1, *n.* 45, comme ſi Burgundus avoit dit, la ſoumiſſion à la Coutume, la convention tacite n'a lieu que par rapport à ce qui concerne la perſonne, ſon état & ſa condition, & non par rapport à des droits réels.

En effet, s'il étoit poſſible de préſumer dans les conjoints une convention, pourquoi n'auroit-elle pas ſa relation auſſi-bien aux Loix de la ſituation, qu'aux Loix du domicile ? Il faudroit donc préſumer que les parties qui ſont domiciliées dans un lieu, auroient toujours voulu déroger aux Loix de la ſituation.

Ce n'eſt donc pas un principe qu'il faille adopter indéfiniment, que des conjoints domiciliés dans une Coutume, y contractant mariage, en adoptent généralement toutes les diſpoſitions d'une ſoumiſſion tacite, qui a force de convention.

Nous avons dit ci-devant que M^e Ch. du Molin avoit eſti-

mé que des conjoints mariés dans le Nivernois, pourroient stipuler que la femme auroit un douaire en Bourgogne, même en renonçant, *non est dubium quin possint ;* mais sur l'espece proposée par Chasseneuz, il demande, *an fecerint,* & il décide pour l'affirmative, par la raison que les Parties ayant voulu que leur contrat de mariage fût réglé par la Loi du Nivernois, la renonciation à la communauté étant une résiliation du contrat, cette résiliation devoit suivre la Loi du contrat. *Non est dubium quin possint, sed an fecerint, & dico quod ex quo hæc renunciatio est distractus tacitæ societatis quæ est de contractu, debet censeri de contractu, & secundùm eum regulari,* c'est-à-dire, que M. Ch. du Molin a estimé deux choses.

La premiere, que la disposition de l'*art.* 20, du *tit.* 4 de la Coutume de Bourgogne, n'étoit pas une disposition négative prohibitive, & que des conjoints mariés ailleurs, pourroient stipuler un douaire, même en Bourgogne, au profit de la femme renonçante à la communauté de son mari. *Non est dubium quin possint.* La seconde chose est que dans le cas où les conjoints pour régler & diriger leurs droits matrimoniaux, se sont soumis à une Coutume, telle que celle de Nivernois, qui admet la femme qui renonce à la communauté, à prendre son douaire, elle doit l'avoir sur les biens de Bourgogne, nonobstant la disposition de cette Coutume qu'il regarde simplement comme négative, & non comme prohibitive.

Cette décision de M^e. Ch. du Molin est un peu abstraite ; il la faut développer.

Dans l'espece proposée par Chasseneuz, & sur laquelle se trouve la décision de M^e Ch. du Molin que nous examinons présentement, le mari avoit ses biens en Bourgogne. Il se marie avec une fille de la Province du Nivernois ; & par leur contrat de mariage qui y est passé, ils se soumettent à la Coutume de Nevers. *Fuit dictum in contractu matrimonii celebrati in patria Nivernensi quod dictus contractus regularetnr secundùm consuetudinem Nivernensem ;* Chasseneuz demande *an potuerint facere partes quod, nonobstante consuetudine Burgundiæ, consuetudo Nivernens. posset, & debeat observari in bonis existentibus in Burgundia,* & il adopte par une seule & même décision, l'affirmative.

M^e Ch. du Molin, à son égard, divise la question en deux parties. Il estime d'abord qu'il n'est pas douteux qu'ils ont pu faire

faire la ſtipulation. *Non eſt dubium quin poſſint ;* mais il va plus loin, & il demande *an fecerint ;* cette queſtion tombe naturellement ſur celle de ſavoir ſi la ſoumiſſion des Parties à la Coutume de Nevers, emportoit une convention de prendre le douaire en Bourgogne, en cas même de renonciation, & cela à cauſe que la Coutume de Nevers le donne à la veuve dans ce cas-là même ; & Me Ch. du Molin répond de la maniere ſuivante, *ex quo hæc renunciatio eſt diſtractus tacitæ ſocietatis quæ eſt de contractu, debet cenſeri de contractu, & ſecundùm eum regulari.* Me Ch. du Molin préſuppoſe que la faculté de renoncer à la communauté, eſt une dépendance de la communauté, cette communauté ne fût-elle que tacite, & j'admets cette déciſion : il préſuppoſe encore que cette faculté paſſe en convention, comme la communauté même, & j'adopte encore cette conſéquence ; mais delà il conclut que la Coutume de Nivernois permettant à la veuve de renoncer & de prendre le douaire, elle pouvoit le prendre en Bourgogne, dont il eſtimoit que la diſpoſition étoit purement négative & non pas prohibitive.

Je ne puis m'empêcher de dire que cette déciſion me fait beaucoup de peine. Les droits de la communauté ont-ils quelque choſe de commun avec les droits du douaire ? S'enſuit-il que parce qu'une Coutume admet un douaire, nonobſtant la renonciation à la communauté, une autre Coutume qui ne l'admet pas, qui le rejette même, doive néanmoins le donner ? A la bonne heure que la renonciation à la communauté, quant aux effets qui en réſultent par dépendance néceſſaire & naturelle, ſuive la Loi qui régit la communauté elle-même. *Renunciatio eſt diſtractus & cenſetur de contractu ;* mais quelle dépendance a le douaire avec la communauté ? Je n'y en vois aucune. Il eſt vrai que la Coutume de Bourgogne ſemble y en mettre une ; mais c'eſt une diſpoſition réelle plus propre à écarter le douaire, qu'à l'admettre : il n'y auroit que la convention tacite qui pourroit y ſuppléer ; mais il faut donc admettre par-tout des conventions tacites.

Auſſi la Note ci-deſſus de M. Thomas Chauvelin exige-t-elle une convention expreſſe, un traité & une dérogation à la Coutume, & les Arrêts de 1596 & 1597, qu'il cite, ſont employés pour ce cas-là même.

Cependant un Arrêt de 1614 & un autre récent de 1731,

dont il va être parlé, ſemblent avoir admis le ſyſtême de la dérogation préſumée; mais du moins dans l'eſpece de ces derniers Arrêts, il y avoit un douaire préfix; & en faiſant un pas de plus, on a regardé la convention expreſſe d'un douaire préfix, comme renfermant une convention tacite de le prendre ailleurs, conformément à la Coutume du mariage, & par conſéquent même en renonçant, quand cette Coutume l'ordonne ainſi, & cette déciſion n'eſt pas ſi choquante.

Mais quand il n'y a aucun douaire ſtipulé, ou qu'il n'eſt ſtipulé que coutumier, peut-on, parce que la Coutume du mariage donne le coutumier ſans condition, ni modification, préſumer une convention tacite de le prendre tel dans toutes les autres Coutumes qui ne le donnent que ſous certaines conditions & modifications? Voilà où eſt le point de la difficulté.

Auſſi le Parlement de Bourgogne a-t-il diſtingué le cas du douaire préfix & celui du coutumier, par Arrêt du 15 Mai 1634, contre une femme mariée en Nivernois, & qui réclamoit en Bourgogne un douaire ſtipulé coutumier, dont elle fut déboutée. Cet Arrêt eſt rapporté par Chevannes, *tit.* 4, *Arrêt* 20; & par M. Bouhier, *ch.* 25, *n.* 48.

Il eſt vrai que M. le P. Bouhier le regarde comme rendu contre les principes, & dans un temps où ces queſtions n'étoient pas éclaircies; & il rapporte l'Arrêt de 1731, qui a jugé conformément à un autre de 1614; & il ajoute qu'il s'étonne qu'on ne ſe ſoit pas apperçu que la Coutume de Bourgogne comprenant dans une même diſpoſition la privation du douaire coutumier & du divis, il falloit, ou qu'elle fût réelle à l'égard de l'un & de l'autre, ou qu'elle fût perſonnelle pour tous les deux.

Mais qu'il me ſoit permis de le dire; je ne trouve pas que l'Arrêt de 1634 ſoit contraire à celui de 1614 & à celui de 1731: celui de 1634 eſt rendu dans le cas d'un douaire ſtipulé coutumier; les deux autres ſont dans le cas d'un douaire préfix.

Or dans le cas d'un douaire ſtipulé coutumier, il ſemble que les Parties ſe réferent entiérement à la Coutume de la ſituation, & la Coutume de Bourgogne ne donne point de douaire à la veuve qui n'accepte pas la communauté.

Mais dans le cas d'un douaire préfix, il y a une convention de douaire qui paroît indépendante de toute autre Coutume, ſi ce n'eſt qu'elle fût prohibitive; convention que l'on a bien,

ou mal étendue dans la Coutume de Bourgogne ; mais une déciſion qui n'eſt déja pas trop bonne, doit-elle en attirer une encore plus mauvaiſe ?

Dans ce ſyſtême il faudroit dire que la Coutume de Bourgogne n'eſt négative d'un douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier, que pour la femme mariée en Bourgogne, & qui renonce par la ſuite à la communauté, ſi ce n'eſt qu'il y ait une convention expreſſe dérogeante à la Coutume ; mais qu'à l'égard de celle mariée ailleurs, la Coutume admet juſqu'à une convention tacite & préſumée.

Quelle bigarrure & quelle contrariété même avec la Coutume ! car cette Coutume exclut la veuve qui renonce, de tout douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier ; & comme le dit fort judicieuſement M. le P. Bouhier, elle ne ſauroit être réelle, qu'elle ne le ſoit pour l'un & pour l'autre douaire.

Cependant, ſelon ce Magiſtrat, les Arrêts de 1614 & 1731 ſont réguliers. Celui de 1634 eſt contraire aux principes. Il falloit donc, ſelon lui, accorder dans toutes ces eſpeces un douaire à toutes ces veuves mariées ailleurs ; & ſi elles avoient été mariées en Bourgogne, il eût fallu le refuſer à toutes. Pourquoi cela ?

C'eſt que l'effet de la renonciation à la communauté, ſe détermine, dans ce ſyſtême, par la Loi matrimoniale des conjoints.

Mais ſur quoi eſt fondé ce principe ? Eſt-il formé des Arrêts de 1614 & de 1731 ? ou eſt-il formé des véritables principes intrinſeques de cette matiere ?

Au premier cas, le principe paroîtroit pris d'après une Juriſprudence contraire au texte de la Coutume, & l'Arrêt de 1634 au contraire y ſeroit très-conforme.

Au ſecond cas, comment peut-on dire que les véritables principes, les principes intrinſeques de cette matiere, ſoient de régler le douaire même coutumier, par une autre Loi, que par la Loi de la ſituation ? Je croirois au contraire, qu'à raiſonner par les véritables principes de cette matiere, il faudroit regarder la Coutume de Bourgogne comme réelle, & même prohibitive de tout douaire, au profit d'une veuve renonçante à la communauté.

Mais puiſqu'on ne veut pas, contre la teneur littérale de la Loi, que la Coutume ſoit prohibitive, que l'on exige du moins

une convention expreſſe ; ou ſi on ſe contente d'une convention tacite, qu'elle ſoit donc réſultante d'un douaire préfix & convenu entre les Parties ; mais que l'on admette une femme mariée ailleurs, ſans ſtipulation de douaire, ou n'ayant ſtipulé que le douaire coutumier, & qui renonce à la communauté, à prendre le douaire légal en Bourgogne, c'eſt ce qui me paſſe : car de dire que le douaire eſt une dépendance de la communauté, & que la communauté étant dépendante de la Loi matrimoniale, il faut, dans la Coutume de Bourgogne, donner un douaire à la veuve renonçante, quand, dans ce cas, la Loi matrimoniale le lui donne, c'eſt ce que je ne ſaurois gouter : il y a des dépendances néceſſaires & naturelles, & il n'y a pas d'inconvénients que celles-là ſuivent la condition & l'état de la perſonne, & il y en a de purement arbitraires & légales, & qui n'ont pour objet que les biens, & qui, par cette raiſon, ſont réelles. mais en voilà bien aſſez ſur la Coutume de Bourgogne & ſur l'eſpece de la Dame Marcel.

AUTRE QUESTION. Ce que Rodenburgh ajoute dans la ſuite du Chapitre, que ſi la Loi du domicile matrimonial donne un douaire ſur tous les biens du mari, en quelque endroit qu'ils ſoient ſitués, la femme n'en aura pas, à la vérité, ſur tous les biens ſitués en Coutumes prohibitives, mais qu'elle l'obtiendra par action perſonnelle pour ſon indemnité, ce ſentiment a bien ſes difficultés.

En effet, ſi ces ſortes de douaires ſont réels, une Coutume ne ſauroit commander à une autre, en donnant des droits réels ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis ; & quoique celle du domicile matrimonial en accorde ſur tous les biens, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, ſon empire eſt tout limité dans ſon étendue ; en ſorte que ce douaire étant un préſent de la Loi de la ſituation, la femme n'en peut avoir dans les Coutumes qui ne font pas ce préſent.

Il eſt vrai qu'une Coutume peut enviſager les biens ſitués ailleurs pour ordonner de ceux qui lui ſont ſoumis, comme fait la Coutume de Tours en l'*art.* 238 ; mais elle ne peut pas donner des droits réels ſur des biens qui ne ſont pas de ſa juriſdiction.

On ne peut ſauver la déciſion de notre Auteur, qu'en imaginant une convention tacite des conjoints, réſultante de la ſoumiſſion à la Coutume de leur domicile ; convention qui ſe

porte par-tout, & qui ſe réſoud du moins en action ſur les biens libres.

Mais eſt-ce le cas d'imaginer une convention tacite, dès que les conjoints n'ont pas ſtipulé de douaire? Ne ſont-ils pas préſumés s'en être rapportés aux différentes Loix de la ſituation? Ne ſe ſont-ils pas abandonnés à ces Loix? C'eſt de leur libéralité qu'ils ont voulu recevoir, & ils n'ont pu ignorer que ces droits étant réels, ils ne pourroient être dûs, qu'autant que les Loix de la ſituation les donneroient.

Faut-il encore adopter ce que prétend enſuite notre Auteur, qui eſt que ſi la Loi matrimoniale n'accorde pas de douaire, la femme n'en aura pas même ſur les biens ſitués en Coutumes qui en donnent? cette déciſion ne me paroît nullement conforme aux principes: car ces droits étant réels, ne dépendent aucunement de la Loi du domicile matrimonial.

Notre Auteur donne pour raiſon de ſa déciſion, que le douaire eſt un bénéfice qui n'eſt pas communicable aux étrangers; mais cette raiſon n'eſt pas recevable parmi nous, parce que nos Coutumes ne déferent pas ce droit comme un bénéfice perſonnel, aux ſeuls domiciliés: elles le déferent indifféremment à toute femme veuve, comme un droit réel.

M. le P. Bouhier prétend, à ſon égard, que le douaire, ſoit préfix, ſoit coutumier, eſt perſonnel, que par conſéquent il doit être réglé par la Loi du domicile matrimonial.

Que quant au préfix, cela eſt tout ſimple; il gît en convention; & quant au coutumier, il eſt ſubrogé au préfix, & tient ſa place.

Il convient, à l'égard du coutumier, que le torrent des opinions eſt contre ſon avis; auſſi ne le propoſe-t-il qu'avec cette ſageſſe & cette retenue qui ſont le caractere de toutes ſes déciſions.

Mais mettons à l'écart le torrent des opinions; préſuppoſons la queſtion toute neuve; peut on embraſſer le parti de la perſonnalité, quant au douaire coutumier?

Il eſt vrai que ce douaire remplace le douaire préfix, que celui-ci avoit lieu avant l'autre; mais il n'en eſt pas moins le bénéfice de la Loi: dans le douaire préfix, c'eſt l'homme qui donne, & c'eſt la Loi qui donne dans le douaire coutumier; & que donne t-elle? des droits de jouiſſance d'immeubles, des droits de propriété? y a-t-il rien de plus réel que ces droits?

La Loi, dit-on, remplace la convention ; mais c'eſt la Loi ſeule qui agit ; tout ce que fait l'homme, eſt qu'il ne contredit pas ; ainſi tout vient de la Loi, & la Loi ne diſpoſe que des choſes réelles, ſans le miniſtere & le concours de l'homme : elle ne ſauroit donc être que réelle.

Comme nos Coutumes contiennent ſur le douaire des diſpoſitions très-différentes, il peut ſe préſenter des queſtions en grand nombre, dont je vais encore agiter quelques-unes.

## *PREMIERE QUESTION.*

Le Droit commun des Coutumes, eſt que la femme gagne ſon douaire dès l'inſtant de la célébration du mariage.

Quelques Coutumes veulent, au contraire, qu'il ne ſe gagne qu'au coucher, & l'on en compte huit dans le Royaume, Normandie, Chartres, &c.

Des conjoints domiciliés à Chartres y ont été mariés, & le mari a des biens ſitués tant à Chartres qu'à Paris ; il meurt depuis la célébration du mariage ; mais avant la conſommation, ſoit effective, ſoit préſumée : la veuve aura-t-elle douaire, tant à Chartres qu'à Paris, où même n'en aura-t-elle aucun ?

Sur cette queſtion je crois qu'il faut diſtinguer entre le douaire coutumier & le douaire conventionnel.

Quant au douaire coutumier, comme la femme prend des mains de la Loi, elle ne peut recevoir que ce que la Loi lui offre & lui préſente.

Elle ne peut même le recevoir qu'autant qu'elle eſt placée dans les cas & dans les circonſtances preſcrites par la Loi ; il n'eſt pas poſſible de diviſer ce préſent de la Loi, d'avec les modifications & conditions appoſées à ce préſent.

Ainſi la veuve devenue telle par la mort précipitée de ſon mari, arrivée depuis la célébration de ſon mariage, mais avant la conſommation, n'aura pas de douaire coutumier ſur les biens de ſon mari ſitués à Chartres, & en aura ſur ceux ſitués à Paris.

Mais ſi le douaire eſt conventionnel, il faut raiſonner ſur d'autres principes ; le douaire conventionnel ne doit ſon être & ſon exiſtence qu'à la convention, & cette convention le rend effectivement perſonnel.

Or, en fait de convention perſonnelle, la regle entre con-

joints eſt que c'eſt la Loi du domicile matrimonial qu'il faut conſulter.

Ainſi, dans notre eſpece, ſi le douaire eſt conventionnel, il ſera ou ne ſera acquis à la veuve que de la maniere qu'il lui ſera dévolu par la Loi du domicile matrimonial : ſi c'eſt Chartres, ce ſera par le coucher; ſi c'eſt Paris, ce ſera du moment de la célébration; encore même que par l'événement le douaire préfix ſe prît ſur des biens ſitués en Coutumes qui auroient des diſpoſitions contraires à la Loi du domicile, parce que toutes contraires qu'elles ſoient (celles qui ne déferent le douaire qu'au coucher,) je les regarde comme ſimplement négatives & non pas comme prohibitives; elles ne déferent, à la vérité, le douaire qu'au coucher, *præmium pudicitiæ non negabit;* mais elles ſont trop pures d'ailleurs pour que l'on puiſſe jamais croire qu'elles excluent une convention qui le donne du jour de la célébration; il n'y a pas d'incompatibilité qu'une femme puiſſe être vierge & douairiere, ſuivant les Loix 6 & 7, *ff. de ritu nuptiarum.*

## *DEUXIEME QUESTION.*

Nous avons des Coutumes qui ſaiſiſſent la douairiere, & d'autres qui ne la ſaiſiſſent pas : je dis que ſi le douaire eſt purement coutumier, il faut ſuivre la Loi de la ſituation; s'il eſt préfix, il faut ſuivre la Loi du domicile matrimonial.

## *TROISIEME QUESTION.*

Faut-il employer la même diſtinction du douaire préfix & du douaire coutumier, pour décider les queſtions qui peuvent ſe préſenter au ſujet de la quantité d'arrérages que la douairiere peut demander?

Cette queſtion exige un peu d'éclairciſſement.

L'*art.* 17 du *tit.* 8 de la Coutume de Berry, porte, » que ſi la » douairiere ne jouit de ſon douaire & le laiſſe par long eſpace » de temps entre les mains des héritiers de ſon mari, ne pourra » demander que les arrérages de cinq années immédiatement » précédentes.

Sur cet Article, on peut faire pluſieurs eſpeces, & conſéquemment pluſieurs demandes.

1°. Je suppose une veuve qui a été mariée suivant la Coutume de Berry; elle a droit de jouir d'un douaire préfix, ou du douaire accordé par la Coutume de Berry; elle en est même saisie de droit, mais quoique saisie par la Loi, elle laisse passer beaucoup au-delà de cinq années, sans prendre possession de fait, & sans entrer en jouissance: elle poursuit ensuite, & se venge pour le paiement des arrérages, sur des biens de Berry, & encore sur d'autres situés en Coutumes, où pareille prescription n'est pas admise.

2°. Je suppose une veuve qui a été mariée, suivant la Coutume de Paris, ou ailleurs, où pareille prescription n'est pas admise, & elle se venge sur des biens de la Coutume de Berry & autres.

Dans ces deux especes, je demande combien la douairiere pourra prétendre d'années d'arrérages de son douaire, soit préfix, soit coutumier?

Quant à la premiere espece, j'estime que la veuve qui a été mariée en Berry, avec le douaire coutumier de Berry, ne peut prétendre que cinq années d'arrérages de ce douaire, soit qu'elle agisse pour ses arrérages contre des domiciliés en Berry ou ailleurs, soit qu'elle se pourvoie sur des biens situés en Berry ou ailleurs; & cela ne me paroît pas devoir faire de difficulté, parce que cette Coutume ne lui accorde ce douaire que sous la modification de n'en pouvoir demander que cinq années d'arrérages; & puisqu'elle reçoit de la Loi, il faut qu'elle se soumette à la Loi & lui obéisse; c'est la Loi seule qui donne, & par conséquent qui régit l'étendue & la durée de l'action, outre que c'est ici une action pure réelle.

Je dis la même chose du douaire préfix que du coutumier, parce que la convention d'un pareil douaire entre domiciliés en Berry, est toute relative à la Coutume; que la veuve n'est saisie que par la Coutume du Berry, & pareillement sous les modifications portées par cette Coutume.

Ce que nous venons de dire, doit encore avoir lieu, selon moi, dans le cas où la veuve auroit été mariée à Paris, si d'ailleurs elle n'exerce que le douaire coutumier de Berry, encore même qu'elle se venge sur des biens situés ailleurs, pour les arrérages qui lui sont dus, & les raisons que nous venons d'alléguer militent également pour ce cas.

Mais si la veuve mariée à Paris étoit créanciere d'un douaire préfix,

préfix, & qu'elle ſe pourvût ſur les biens du Berry, la queſtion ſeroit plus difficile.

La Loi du domicile matrimonial permet dans cette eſpece de demander vingt-neuf années ; mais la Loi de l'héritage n'en accorde que cinq, & il faut prendre parti entre ces différentes Loix.

Si l'on enviſage l'action de la veuve par la qualité de ſon titre & par la Loi qui régit ſes conventions matrimoniales, il eſt certain qu'elle eſt fondée à demander vingt-neuf années d'arrérages, puiſqu'elle a été mariée à Paris ; que la convention eſt préſumée faite conformément à la Loi de Paris ; que l'actif des actions ſe conſidere par la Loi du créancier.

C'eſt en effet un principe que quand il s'agit de décider des droits qui naiſſent *ex natura contractûs*, & qui ſont dans l'objet principal des parties, il faut ſuivre la Loi qui régit le contrat. Voyez *l'Obſerv. 46.*

Or, l'on ne ſauroit nier que le droit de la femme pour ſon douaire préfix, ne naiſſe de ſon contrat de mariage : la Loi qui régit ce contrat, à moins que les parties n'en aient diſpoſé autrement, eſt celle du domicile du mari ; c'eſt donc la Loi de ce lieu qu'il faut ſuivre pour déterminer ce que la veuve peut demander en vertu de ſon douaire préfix.

Mais d'un autre côté ſi la veuve ſe pourvoit ſur les biens du Berry, c'eſt la Loi des biens, qui prononce la fin de non-recevoir, & les biens ſe défendent par la Loi qui les régit : eſt-ce le cas de conſidérer où le titre a pris naiſſance, & d'enviſager l'action par ſon actif ? n'eſt-ce pas ici une exception contre la demande de la veuve, & par conſéquent n'eſt-ce pas le cas de conſidérer l'action dans ſon paſſif ?

Cette difficulté ne pourroit-elle pas ſe régler par une diſtinction ? Si l'on ſe pourvoit par ſaiſie réelle des fonds du Berry, c'eſt le cas de dire que les fonds ſe défendent par la Loi qui les régit.

Mais ſi l'on ſe pourvoit par ſimple ſaiſie mobiliaire des revenus de fonds ſitués même en Berry, c'eſt une action pure perſonnelle que l'on intente pour lors, & c'eſt d'une pure action perſonnelle dont l'héritier ſe défend, & dans ce cas n'eſt-ce pas la Loi du défendeur qu'il faut ſuivre ? S'il demeure en Berry, il ſe défendra par la Coutume du Berry ; en ſorte que ce ſera la Loi du domicile matrimonial qui décidera de la quantité

d'arrérages qui peuvent être dûs, & ce ſera la Loi du domicile du débiteur qui décidera de la quantité d'arrérages qui doivent être payés.

En effet, s'il s'agit dans la queſtion des intérêts de la veuve, il s'agit auſſi de ceux des héritiers du mari : c'eſt contre eux que l'action eſt dirigée; c'eſt à eux à payer les arrérages de la veuve : ils excipent d'un moyen de preſcription, il faut décider s'ils en excipent valablement; c'eſt donc par le paſſif qu'il faut conſidérer cette action.

Or nous avons dit en l'*Obſervation* 20, que les actions conſidérées paſſivement, ſe reglent par la Loi du débiteur; parce que c'eſt lui qui ſe défend, & ſa défenſe eſt légitime, quand dans une action perſonnelle, il ſe défend par ſes Loix.

Qu'on ne diſe pas que c'eſt la Loi du mari qu'il faut enviſager; qu'il eſt contre les regles que ſa mort change la condition de ſa veuve, que ſon droit accroiſſe, ou décroiſſe, ſelon le domicile de l'héritier; que la regle eſt que l'héritier ſuccede *in virtutes & vitia;* que s'il prend le bénéfice, il eſt auſſi tenu des charges de la nature dont elles ſont au moment du décès; qu'il y auroit une injuſtice à faire dépendre le droit de la veuve des différents domiciles des héritiers du débiteur; que l'un preſcrira, & l'autre ne preſcrira pas : or c'eſt ce qui ne ſauroit s'admettre. Tous les héritiers repréſentent le mari, & ſont préſumés le repréſenter vis-à-vis de la veuve, dans le lieu du domicile matrimonial.

A quoi l'on répond que la condition de la veuve n'eſt point changée par la mort du mari. S'il y a preſcription contre ſes arrérages, c'eſt par ſon fait & par ſa négligence. L'héritier ſuccede, à la vérité, *in virtutes & vitia;* mais c'eſt la Loi elle-même qui diviſe les actions perſonnelles entre les héritiers du débiteur, & c'eſt à la veuve dès-lors à s'informer à qui elle a affaire, à connoître la condition de ſes débiteurs, & à s'enquérir quelles ſont les Loix auxquelles on doit déférer : car les droits qui naiſſent de ſon contrat de mariage, conſiſtent à pouvoir demander un douaire de telle & telle quotité; mais le plus, ou le moins d'années d'arrérages ne naiſſent pas *ex natura contractûs*. La condition d'un débiteur eſt toujours favorable, & elle l'eſt d'autant plus, qu'il ne fait qu'invoquer ſes propres Loix, pour opérer la décharge qu'il y trouve écrite de la dette qu'on lui demande.

On voit que nous ne parlons que de la ſimple action perſonnelle; mais comme un douaire préfix eſt ordinairement fondé ſur une convention authentique, & que l'action perſonnelle ſe trouve jointe à l'hypothécaire; que ces deux actions s'entre-aident & ſe prêtent mutuellement leurs prérogatives, ſi dans ce dernier cas, la douairiere s'adreſſoit par action perſonnelle & hypothécaire, à un héritier domicilié même en Berry, mais poſſédant des biens du mari défunt, ſitués en Coutumes où pareille preſcription n'a point lieu; en ce cas ces deux actions étant jointes enſemble, l'héritier ne pourroit éviter d'être condamné perſonnellement & hypothécairement, & la veuve ſe vengeant ſur des biens non aſſujettis à la preſcription de cinq années, j'eſtime que ſon action ſeroit bien dirigée, & ſes pourſuites régulieres & utiles.

## *QUATRIEME QUESTION.*

M. le Lieutenant-Civil le Camus a donné le 19 Juin 1708, un Acte de notoriété ſur une queſtion qui volontiers peut être propoſée à la ſuite de ce que nous venons de dire. On lui expoſe qu'une perſonne étoit créanciere de M. de Vignolles, par une obligation paſſée à Paris, les deux Parties y étant pour lors domiciliées; qu'il y avoit eu aſſignation donnée au Châtelet de Paris, audit ſieur de Vignolles, afin de paiement du principal & intérêts du jour de la demande, ſur laquelle étoit intervenue Sentence au Châtelet, dès l'année 1660, qui avoit condamné M. de Vignolles au principal & aux intérêts du jour de la demande; que quelques pourſuites qu'on ait faites contre le débiteur & ſa caution ſolidaire, on n'avoit pu être payé; que M. de Vignolles étant décédé Préſident à Mortier au Parlement de Toulouſe, la créanciere avoit formé oppoſition au Sceau des Proviſions dudit Office; qu'elle avoit obtenu en 1704, Sentence contradictoire au Châtelet de Paris, contre différentes Parties, qui avoit ordonné qu'elle ſeroit payée de ſon principal & intérêts du jour de la demande, juſqu'à l'actuel paiement; qu'elle s'étoit enſuite pourvue au Parlement de Toulouſe, où la diſcuſſion des deniers du prix dudit Office ſe faiſoit pour demander ſon paiement en principal & intérêts; mais qu'on lui oppoſoit que, ſuivant les maximes & l'uſage dudit Parlement, les intérêts ne pouvoient excéder le principal, &

apparemment les autres oppoſants avoient interjetté appel des Sentences du Châtelet.

Sur quoi la créanciere demande Acte de notoriété de ce que l'obligation étant paſſée pardevant les Notaires du Châtelet de Paris, & les Sentences y étant obtenues, on devoit ſuivre au Parlement de Toulouſe la Coutume & l'uſage qui ſe pratique au Châtelet & au Parlement de Paris, lorſqu'il y a des appellations & de pareilles queſtions d'intérêts à juger, & des diſtributions de deniers à faire, qui eſt de colloquer pour le principal & les intérêts, juſqu'au parfait paiement, ſoit que leſdits intérêts doublent, ou triplent le principal, & à quelque ſomme qu'ils puiſſent monter.

M. le Lieutenant-Civil répond à cet expoſé, que la Juriſprudence du Parlement de Paris eſt que les intérêts d'une obligation ſont dûs du jour de la demande, lorſqu'il y a eu une Sentence de condamnation des intérêts; que le créancier a fait des diligences néceſſaires pour empêcher la preſcription du fort principal d'une obligation, & qu'il n'y a pas eu de péremption dans les procédures faites pour obtenir la Sentence de condamnation.

Mais il ne décide pas bien nettement ſi la créanciere doit être colloquée pour ſon principal, & tous les arrérages ſur le prix de l'Office de Préſident à Mortier du Parlement de Toulouſe, & il dit ſeulement que ce ſera aux Juges qui en doivent connoître, de voir ſi s'agiſſant de la diſtribution des deniers d'une Charge de Préſident à Toulouſe, ils ne voudroient pas faire valoir les Sentences rendues à Paris, le créancier, le débiteur & la caution y demeurant, tant pour le principal, que pour tous les intérêts, comme on l'ordonneroit au Châtelet & au Parlement de Paris.

Pour moi j'accorderai volontiers que les intérêts ſont dûs ſelon la Loi où la demeure eſt encourue; qu'étant légitimes ſelon cette Loi, ils ſont légitimes par-tout; qu'il y a pour raiſon de ce, une action hypothécaire qui peut s'exercer ſur tous les biens du débiteur qui ne ſont pas régis par des diſpoſitions contraires. Mais à l'égard du plus, ou du moins d'années que le créancier peut demander, j'eſtime que ſi le débiteur n'a pas d'ailleurs d'exception perſonnelle, la queſtion ſe décide par la Loi de la réalité, pour les raiſons expliquées ci-deſſus, & dans l'*Obſervation* 30.

## *CINQUIEME QUESTION.*

Mais il ſe préſente une queſtion qui eſt encore aſſez difficile.

Il y a des Coutumes qui donnent de plein droit à la veuve l'option du douaire préfix, ou du coutumier; quelques autres non-ſeulement ne la donnent pas, mais même excluent de cette option, ſi elle n'eſt réſervée par le contrat de mariage. Paris, *art.* 261.

Un homme eſt marié dans une Coutume qui refuſe l'option du douaire coutumier, quand il y en a un préfix, ſans aucune réſerve; mais ſes biens ſont ſitués dans des Coutumes qui donnent cette option: cet homme ſtipule un douaire préfix au profit de ſa femme, ſans faire réſerve du coutumier. On demande ſi la femme pourra, nonobſtant la Loi du domicile matrimonial, renoncer au préfix pour opter le coutumier dans les autres Coutumes.

M. Froland, *tom.* 1, *chap.* 12 de ſes Mémoires ſur les Statuts, a traité cette queſtion parfaitement; j'y renvoie le Lecteur, perſuadé qu'il en ſera pleinement ſatisfait, & je me contenterai de donner ici quelques réflexions ſimples.

Il n'y a un douaire préfix, que parce qu'il y a une convention.

Nous avons dit ailleurs que la Loi du domicile matrimonial décidoit des conventions du mariage, & ſervoit à les interpréter.

Or la Loi du domicile matrimonial défendant l'option du douaire coutumier, quand il y en a un préfix, & cette Loi ſervant d'interprétation à la convention & à la volonté des Parties, la femme, en ſtipulant un douaire préfix, conſomme ſon option à l'inſtant même du contrat, & elle eſt cenſée avoir renoncée au coutumier. Cette renonciation la ſuit par-tout, & il n'eſt pas poſſible qu'elle puiſſe opter un douaire coutumier auquel elle a renoncé de convention faite entre les deux familles.

Carondas, en ſes Réponſes du Droit François, *liv.* 3, *rép.* 78, dit avoir répondu ainſi, ſuivant l'Arrêt donné entre la veuve & les héritiers de feu M. Pierre l'Orphevre, Maître des Comptes, du 21 Juillet 1500, qui a jugé qu'une veuve mariée à Pa-

ris, ne pouvoit demander autre douaire que le préfix, tant sur les biens assis à Paris, qu'en autre Province, & qu'en la forme de constitution de douaire, il faut suivre la Loi du Pays où le mariage a été contracté.

Remarquez, je vous prie, la force de ces termes, *en la forme de constitution de douaire*, qui marquent la nature du douaire, telle qu'elle est *tempore contractûs*.

Brodeau sur Loüet, *Lett. D, somm.* 44, rapporte un Arrêt du 12 Juin 1574, qui paroît être contraire, mais dont la disposition n'a jamais été bien entendue. On prétend que cet Arrêt a jugé qu'une femme mariée à Paris, ayant par son contrat de mariage, douaire préfix, & le mari ayant des héritages sis en la Coutume de Melun, laquelle, avant sa réformation, permettoit à la femme d'opter le douaire coutumier, encore qu'elle eût le préfix, étoit recevable à prendre la moitié du douaire préfix, & moitié du douaire coutumier.

Je l'avouerai de bonne-foi; si l'Arrêt étoit tel que le rapporte Brodeau, il est difficile de rencontrer la raison qui a pu déterminer à une pareille décision, n'étant pas possible de syncoper l'option, & de permettre à la femme d'opter partie du douaire coutumier, & partie du douaire préfix. Il falloit, ce me semble, lui donner, ou tout l'un, ou tout l'autre: car les Coutumes du domicile & de la situation ne permettent de prendre que l'un des deux.

La réalité des Coutumes, qui est la raison alléguée par M. Brodeau, n'a point ici d'application; parce qu'y ayant convention faite dans une Coutume prohibitive d'option, la femme s'est interdit l'option du douaire coutumier.

Aussi cet Arrêt n'est pas conçu dans les termes rapportés par Brodeau. Il s'est trouvé par la recherche qui en a été faite, qu'il est au Registre des Prononciations, le premier de ceux qui ont été prononcés le 12 Juin 1574, & il porte que les enfants auront, non pas moitié du douaire coutumier, & moitié du douaire préfix, mais qu'ils jouiront de la moitié des héritages de la Coutume de Melun, & que sur les restes des biens du pere, ils auront ce qui pourra rester dû des 100 livres de rente de douaire préfix; c'est-à-dire, que si les héritages sis à Melun, montent à 50 livres, ils prendront 50 livres, & que s'ils montent à moins, ils prendront moins, & que le restant se prendroit sur les biens du pere. Cette remarque importante est rapportée par

M. Froland, comme l'ayant extraite de la treizieme Conſultation inſérée ès Œuvres de M. Dupleſſis, *tom.* 2, où le Conſultant remarque fort judicieuſement, qu'outre que l'Arrêt ne porte pas ce que dit Brodeau, il paroît avoir adjugé plus que n'accordent les Coutumes qui donnent l'option entre les deux douaires, & plus qu'il n'étoit demandé au procès.

Cet Arrêt rétabli dans ſa véritable prononciation, a donc admis une veuve mariée à Paris, avec un douaire préfix, non pas à opter le coutumier, mais littéralement à jouir des biens ſujets au douaire coutumier, ſur & en déduction du douaire préfix. Ainſi cet Arrêt ne me paroît pas contraire à celui rapporté par Carondas, du 21 Juillet 1500; & s'il m'eſt permis de m'expliquer, j'eſtimerois que la convention d'un douaire préfix dans une Coutume qui refuſe l'option, eſt un obſtacle & une excluſion dans quelque Coutume que ce ſoit, de l'option du douaire coutumier.

## *SIXIEME QUESTION.*

Mais que faut-il dire dans le cas contraire; c'eſt à-dire, dans le cas où la Coutume du domicile donne l'option du douaire coutumier, ou préfix, lorſque la Loi de la ſituation la refuſe? La femme qui a ſtipulé l'un, ou l'autre, aura-t-elle l'option du coutumier dans la Coutume de la ſituation?

Cette queſtion a auſſi ſes difficultés: car d'un côté la Loi du domicile matrimonial donnant l'option, c'eſt une faculté perſonnelle qu'elle accorde à la femme, tant qu'elle n'a point uſé de cette faculté & qu'elle n'a point fait d'option; elle n'a, ni l'un, ni l'autre douaire, & ni l'un, ni l'autre ne lui ſont définitivement accordés; elle n'a qu'un droit à l'un ou à l'autre, quand par la ſuite elle exerce la faculté que la Loi matrimoniale lui donne, & qu'elle s'en tient au douaire coutumier, il eſt vrai de dire qu'elle ne paroît plus dans les autres Coutumes qu'avec la ſimple créance du douaire coutumier.

Ainſi ce n'eſt que par l'option que fait la femme qu'elle acquiert l'un à l'excluſion de l'autre.

Or, quand une Coutume refuſe le douaire coutumier, lorſqu'il y en a un préfix, c'eſt quand ce douaire eſt définitivement arrêté & privativement à tout autre.

Autrement il faudroit dire que la faculté d'opter n'opére-

roit que dans le domicile, & qu'en optant le coutumier, cette option seroit tellement renfermée dans l'étendue du domicile, que la femme n'auroit ni douaire préfix, ni douaire coutumier dans les autres Coutumes qui ne donneroient pas d'option; non le douaire préfix, puisqu'elle a opté le coutumier, non le douaire coutumier, puisqu'elle en a stipulé un préfix; ce qui pourroit répugner, & feroit que la femme ne pourroit pas user d'une faculté que la Loi de son domicile lui accorde.

Mais à cela on répond que le douaire coutumier est un droit réel qui dépend de la Loi de la situation, & que la femme ne peut le prétendre que conformément à cette Loi.

Ainsi cette Loi n'admettant pas un douaire coutumier, lorsqu'il y en a un préfix & convenu, la femme se trouve nécessairement exclusc du douaire coutumier dans ces Coutumes, dans l'instant même que par le contrat de mariage on a stipulé un douaire préfix.

En sorte que, si elle opte le coutumier, elle peut y être admise dans la Coutume de son domicile qui lui donne l'option, & dans les Coutumes semblables, mais non pas dans celles qui la refusent, parce que la faculté personnelle, que lui donne son domicile, vient échouer contre la disposition réelle prohibitive de la Loi de la situation; au moyen de quoi elle doit bien réfléchir sur la différente situation des biens, pour connoître l'utilité qu'elle peut retirer de l'une ou l'autre option: car en optant le coutumier, elle se trouve réduite à ne prétendre de douaire que sur les biens situés en Coutumes d'option, & elle s'exclut d'elle-même de prendre aucun douaire dans les autres qui sont négatives prohibitives.

Ainsi sur la question cinquieme, je me détermine pour la Loi du domicile matrimonial contre la Loi de la situation, & sur la présente question je me détermine pour la Loi de la situation contre la Loi du domicile, parce que, en la question cinquieme, il y a une négation de faculté personnelle: cette négation qui affecte la personne, suit la personne dans toutes les Coutumes, même dans celles qui admettent la faculté, & en la présente question, c'est la Loi de la situation qui est prohibitive & négative de toute faculté d'option, quand il y a un douaire stipulé préfix, & cette convention fait nécessairement tomber le douaire coutumier dans cette Coutume.

Enfin, Rodenburgh ajoute que si la Loi matrimoniale n'accorde

corde pas de douaire & que la Loi de la ſituation en accorde, la femme n'en aura pas, ſi ce n'eſt que cette Coutume l'accorde à titre héréditaire ou par forme de legs ; mais pour lors ce ſeroit moins un douaire, tel que nous l'admettons dans nos mœurs, qu'un gain particulier qui auroit ſinguliérement ſes principes ; & c'eſt ce qui me donne occaſion de parler des gains de ſurvie ; mais auparavant permettez-moi de vous faire part d'une déciſion ſur une eſpece aſſez ſinguliere.

Un homme paſſe un contrat de mariage à Paris, & doue ſa femme du douaire coutumier à prendre ſur tous ſes biens meubles & immeubles, préſents & à venir, qu'il a affectés & hypothéqués au paiement dudit douaire ; il n'avoit au jour de ſon mariage aucuns immeubles à Paris, ni dans le Pays coutumier, & il ne lui en étoit échu aucun en ligne directe pendant le mariage ; mais il avoit quelques fonds en Pays de Droit écrit, & il avoit des conquêts.

Dans cette eſpece il étoit difficile de fixer le douaire coutumier, puiſqu'il n'y avoit aucuns biens ſitués en Pays coutumier qui y fuſſent ſujets, & que le Pays de Droit écrit ne reconnoît pas un pareil douaire. Voici le parti que la Cour prit en la premiere des Enquêtes, au rapport de M. l'Eſcalopier, par Arrêt du 2 Juin 1702.

On regarda cette convention de douaire coutumier qui étoit à prendre ſur tous les biens préſents & à venir, comme un douaire préfix de l'uſufruit de la moitié de tous les biens, & l'on adjugea à la veuve, 1°. la moitié du bien ſitué en Pays de Droit écrit : la convention du douaire revenoit à l'augment de la dot qui a lieu en Pays de Droit écrit ; 2°. le quart des meubles & conquêts ſitués dans la Coutume de Paris : cette veuve avoit, à la vérité, renoncé à la communauté qui par ce moyen appartenoit en entier à la ſucceſſion du mari ; mais on conſidéra ſans doute que cette renonciation n'étoit pas dans le vœu des contractants, & l'on régla le douaire ſur les conquêts, comme s'il y avoit eu acceptation, le tout en uſufruit conformément à la Coutume de Paris ; il n'y avoit pas d'enfants.

## OBSERVATION XXXVIII.

*Des gains nuptiaux & de ſurvie.*

J'Appelle gains nuptiaux en général tous les profits & les avantages que les conjoints par mariage acquierent ou peuvent acquérir à raiſon de l'union conjugale qu'ils contractent entre eux, & j'en diſtingue de pluſieurs eſpeces.

Il y en a qui s'acquierent dans le moment de la célébration du mariage, & ce, pleinement, incommutablement, & indépendamment d'aucune ſurvie; telle eſt la communauté de biens dans le général de nos Coutumes.

Il y en a qui dépendent de la ſurvie, tels ſont les douaires pour les femmes, le gain des meubles pour le ſurvivant des nobles dans la Coutume de Paris, & Coutumes ſemblables: l'uſufruit de la moitié des conquêts que la Coutume de Paris accorde au ſurvivant des pere & mere dans la ſucceſſion de leurs enfants, décédants ſans enfants & ſans deſcendants de l'acquéreur, *art.* 230; l'augment de dot au profit de la femme ſurvivante dans les Pays de Droit écrit, le contre-augment au profit du mari en certains endroits, &c.

Il en eſt d'autres qui dérivent, à la vérité, de l'union conjugale; mais qui, outre la qualité de conjoint, en exigent encore quelqu'autre, comme celle de pere & celle de mere, & ces droits ſont fort variés: car les uns ſont accordés indiſtinctement aux pere & mere ſur les biens du prédécédé, en leur ſeule qualité de pere & de mere; tels ſont les droits de garde, & les autres leur ſont accordés comme droits ſucceſſifs; d'autres ne ſont accordés qu'aux peres ſeuls, les uns à raiſon de la puiſſance paternelle, les autres à raiſon de la paternité ſeulement, d'autres enfin à raiſon de la paternité & viduité tout enſemble.

Je n'enviſage, comme l'on voit, que les gains nuptiaux accordés par les Coutumes & les Loix: car à l'égard de ceux qui ne ſont fondés que ſur la convention, ces gains nuptiaux n'entraînent pas avec eux grande difficulté; il eſt un principe dominant en cette matiere qui eſt que les contrats de mariage

ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions, quand elles ne ſont pas contre les bonnes mœurs.

Il eſt vrai qu'il ne faut pas encore qu'elles ſoient contre des Loix prohibitives; mais, ou ces conventions ſont purement démonſtratives, ou elles ſont taxatives. Au premier cas, elles peuvent s'exécuter en entier ſur les biens libres. Au ſecond cas, elles reſtent ſans exécution, ſi elles ne ſont à prendre que dans les Coutumes prohibitives.

Il n'eſt pas facile de fixer préciſément les Loix qui doivent régler les gains nuptiaux de ſurvie que nos Coutumes accordent aux conjoints, & dans leſquelles j'entends me renfermer en la préſente obſervation. Deux difficultés ſe préſentent d'abord.

La premiere eſt de démêler à quel titre ces Coutumes les donnent : eſt-ce à raiſon de la dot? eſt-ce à raiſon de la communauté & de ſes dépendances? eſt-ce à titre particulier de ſurvie? enfin eſt-ce à titre héréditaire? C'eſt ſur quoi nos Coutumes ne s'expliquent pas toujours clairement; & c'eſt cependant ce qu'il ſeroit important de définir pour pouvoir faire une juſte application des principes, & donner une déciſion certaine ſur les eſpeces particulieres qui peuvent ſe rencontrer.

La ſeconde difficulté eſt dans le concours de différentes Loix qui déferent des gains nuptiaux au même titre. Par exemple, au même titre de communauté, au même titre de dot, de puiſſance paternelle, &c. mais qui ne les déferent pas en même nature de biens, ou qui les donnent dans des quotités, & ſous des modifications & conditions différentes : la difficulté, dit-on, eſt de fixer dans ces cas, celles de toutes ces différentes Coutumes à laquelle il faut s'arrêter.

Mon objet n'eſt pas de déterminer le titre ſous lequel chacune de nos différentes Coutumes accorde les gains de ſurvie: il faudroit les parcourir toutes, & en poſſéder parfaitement l'eſprit, & ce ſeroit un travail infini; heureux encore ſi on pouvoit parvenir à ne point confondre un titre avec un autre.

Mais je me propoſe ſimplement d'examiner quels doivent être les principes, qui dans le concours de ces différentes Coutumes doivent régler ces ſortes de gains, dans le cas où l'on convient à quel titre ces droits ſont déférés.

J'obſerverai d'abord que le concours des différentes Coutumes ne peut être qu'entre celle où le mariage ſe célebre, celle du domicile du mari, celle du domicile de la femme, celle du

domicile au jour du décès de l'un d'eux & celle de la ſituation des biens. En voici l'eſpece.

Un homme domicilié à Paris, contracte mariage avec une femme domiciliée à Lyon, & ce mariage eſt contracté par diſpenſe en Anjou, où les parties s'étoient rencontrées par occaſion de commerce : le mari, enſuite du mariage, emmene ſa femme à Paris, où il étoit domicilié, & quelques années après ils tranſportent leur domicile en Normandie, où l'un d'eux décede, & leurs biens ſe trouvent ſitués tant dans ces différentes Coutumes, que dans quantité d'autres ; quelle ſera de tous ces endroits la Loi qui réglera les gains nuptiaux de ſurvie, dans le cas où il n'y aura, ni contrat, ni convention, parce que ſi les parties étoient convenues de quelques choſes entre elles, il n'y a pas de difficulté que la convention devroit être exécutée par-tout, excepté dans les Coutumes négatives prohibitives ?

Je ne donnerai pas pour principe général, ce que dit M. le P. Bouhier ſur la Coutume de Bourgogne, *ch.* 21, *n.* 15, que la liberté publique & la faveur des mariages autoriſent l'uſage d'adopter en ſe mariant telle Coutume qu'on juge à propos, quoique ce ne ſoit pas celle du domicile des contractants, ou du moins de l'un d'eux.

Auſſi M. le P. Bouhier ne donne-t-il pas non plus cette déciſion pour principe général : car au *n.* 87, il dit que ſi un homme ſans aucune intention de quitter ſon domicile qui eſt régi par des diſpoſitions prohibitives, va contracter mariage dans une Coutume libre avec ſoumiſſion expreſſe à cette Coutume & dérogation expreſſe à toutes autres, cette ſoumiſſion contraire à la Loi de ſon domicile eſt abſolument nulle ; ce qui doit encore être entendu avec précaution, comme je l'ai obſervé ci-devant.

J'eſtime, à mon égard, 1°. que n'y ayant point de contrat, la Loi du lieu où le mariage a été célébré, n'eſt pas à conſidérer, quand, ni l'une, ni l'autre des parties n'y ſont domiciliées & qu'ils n'y ont aucuns biens ; ce lieu dans ce cas eſt un lieu de haſard qui ne ſauroit décider des droits des conjoints : *non oportet*, dit la Loi, *exigere* 65, *ff. de judiciis*, *ſpectari locum in quo inſtrumentum dotis factum eſt*, *ſed eum in cujus domicilium & ipſa mulier per conditionem matrimonii reditura eſt.* Voyez l'*Obſerv.* 46.

2°. Il faut encore en exclure le lieu du domicile de la femme,

fût-il celui où la célébration a été réellement faite, quand d'ailleurs les conjoints n'ont pas adopté la Loi de ce lieu, du moins par des clauſes qui manifeſtent qu'ils ont enviſagé cette Loi; parce que dans la néceſſité où ſont les futurs de recevoir la bénédiction nuptiale *à proprio Parocho*, & dans l'impoſſibilité de la recevoir des deux Curés des Parties, puiſque leurs domiciles ſont différents, ſi l'uſage & la bienſéance veulent que le futur aille chercher la future, & la reçoive des mains de ſon pere & de ſa mere, ou de ſes parents, & s'ils autoriſent que le mariage ſe célebre dans le domicile de la fille, plutôt que dans celui du mari, c'eſt un acte paſſagérement fait dans ce lieu, & qui ne peut déterminer les droits des conjoints qui n'ont point réſolu d'y fixer leur domicile; le mari contracte dans ce lieu, *tanquam advena quidam parum ibi manſurus & ducturus ſecum uxorem.* Decius, Conſ. 283.

Je dis: quand d'ailleurs les conjoints n'ont pas adopté la Loi de ce lieu, du moins par des clauſes qui manifeſtent qu'ils ont enviſagé cette Loi; parce que la ſoumiſſion ſimple à la Juriſdiction dans les lieux où cela eſt permis, ſans aucune autre circonſtance, & ſans une ſoumiſſion aux Loix de cette Juriſdiction, ne ſeroit pas fort déciſive; en ſorte que nonobſtant la prorogation de la Juriſdiction, ſi l'on demande *ad quantum debeat, & poſſit conveniri maritus, non videtur receſſum à diſpoſitione juris quoad conſuetudinem, & ſtatutum loci domicilii mariti.* C'eſt ce que dit Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 61, qui cite pluſieurs Auteurs, & entre autres Sanct. Sévérinus qui aſſure avoir vu pluſieurs Docteurs qui le penſoient ainſi, & il ajoute que l'on ne doit pas s'écarter de ce ſentiment qui eſt vrai, *& ab hoc non recedendum, quia eſt ipſa veritas. ..... & dictum de loco ſpeciali, poterit operari quoad forum ibi ſortiendum, ſed quoad quantitatem reſtitutionis, & modum lucri in eo loco, erit ſervandum ſtatutum loci viri.*

Dans le concours de la Loi du domicile de la femme & de celle du domicile du mari, c'eſt celle du mari qui doit l'emporter: on vient de voir que Maſcardus le dit poſitivement. Me Ch. du Molin le dit de même: *hinc infertur*, dit Me. Ch. du Molin, *ad quæſtionem quotidianam de contractu dotis, & matrimonii, qui cenſetur fieri non in loco in quo contrahitur, ſed in loco domicilii viri, lib.* 1, *C. de ſumm. Trinit. tit. concl. de Stat.*

Chaſſeneuz, Titre des Droits appartenants à gens mariés, *rub.* 4, §. 2, *verbo*, *ſelon la générale Coutume*, *n.* 11, ayant décidé que ſi des perſonnes du dehors de la Bourgogne, contractent mariage dans la Coutume, *decidetur ſecundùm ſtatuta contractûs loci*, du Molin le reprend aſſez aigrement, *iſte neſcit quid dicit. Dic indiſtincte quoad effectum, & deciſionem jurium matrimonii, ubi non fuit ſpecificatum, nec facta relatio ad alium certum, inſpicietur locus domicilii habitationis viri deſtinatæ tempore matrimonii.*

C'eſt pareillement la déciſion de Barthole, *in leg. cunct. popul. ſtatutum eſt Aſiſii ubi eſt celebratus contractus dotis, & matrimonii quod vir lucratur tertiam partem dotis, uxore moriente ſine liberis, ſed in civitate Peruſii eſt ſtatutum quod vir lucratur dimidiam, quod ſpectabitur ſtatutum terræ viri, quia uxor ſequitur domicilium mariti, & ſic animi deſtinatione mariti.* Voyez encore Zoezius, *ff. liv.* 23, *tit.* 4, *n.* 14.

En vain voudroit-on diſtinguer entre la femme qui a été rendue certaine des Loix du domicile de ſon mari, & celle qui ne l'a pas été. Toute femme eſt préſumée s'en être fait inſtruire : ſes parents, ceux qui s'entre-mêlent pour lui procurer un établiſſement, ſont préſumés le faire pour elle ; & ſi elle ne l'a pas fait, elle doit ſe l'imputer : elle eſt, en cette partie, aſſujettie au Droit commun, qui veut que celui qui contracte, connoiſſe la condition de la perſonne avec qui il contracte, & la préſomption eſt qu'embraſſant le parti du mariage, & s'identifiant en quelque maniere, avec ſon mari, elle adopte plutôt les Loix ſelon leſquelles elle va être obligée de vivre dorénavant, que des Loix auxquelles elle ſe met elle-même dans la néceſſité de renoncer. *Præſumuntur ſponſa, & facientes pro ea ſciviſſe conſuetudinem, vel ſtatutum domicilii viri, tum quia notorium, tum per legem, qui cum alio contrahit, ff. de reg. juris. Quod ſi ſcire, vel taliter paciſci neglexerunt, perinde eſt ac ſi ſciviſſent ſibique imputare debent.* Mol. *Cod. de ſtat.* & ſuivant Maſcardus, *contractus hujuſmodi, prout ſunt matrimonii, fiunt cum magna inquiſitione, quæ inquiſitio tollit præſumptionem ignorantiæ. Concl.* 7, *n.* 67, *de gen. Stat. interpr.*

M. Tiraqueau, *de leg. connub. gl.* 2, *n.* 47, agite une queſtion dont la déciſion peut influer ſur celle-ci. *Quidam Pictavienſis duxit uxorem alterius provinciæ quæ Jure communi utitur, ut ſcilicet uxor non ſit in poteſtate, vel è diverſo, an conſideranda*

*erit viri patria, an verò uxoris? & ſane nemo unquam, ut puto, dubitavit quin viri ſtatutum ſit ſequendum.*

Bacquet, *ch.* 15 des Droits de Juſtice, *n.* 50, prétend néanmoins que par Arrêt du 23 Mai 1572, on a donné la préférence à la Loi du domicile de la femme, au jour du mariage. Voici l'eſpece telle qu'il la rapporte. » Un particulier domicilié à Ai-» gue-Perce, qui eſt un lieu régi par la Coutume locale de Mont-» penſier, contracté mariage avec une femme domiciliée dans » la Coutume générale d'Auvergne, où le contrat de mariage » fut paſſé, & elle lui apporte 1200 livres en deniers comptants: » immédiatement après le mariage, le mari & la femme ſe ren-» dirent à Aigue-Perce, où ils continuerent de demeurer.

A Aigue-Perce, *art.* 6, le mari, en cas de ſurvie, gagne pour lui & les ſiens la moitié des deniers dotaux; dans la Coutume d'Auvergne au contraire, *art.* 10 *du chap.* 14, le mari, après le décès de ſa femme, eſt tenu de les rendre.

La femme décede la premiere, ayant de ſon mariage deux filles & un fils.

Le pere marie les deux filles, & il les fait renoncer à la ſucceſſion de leur mere.

Le pere vend enſuite un bien qui lui étoit propre, & il décede.

Les deux filles renoncent à la ſucceſſion de leur pere, & font aſſigner l'acquéreur en déclaration d'hypotheque, à la reſtitution pour chacune, de leur tiers dans les 1200 livres de dot.

Sentence du Bailli de Montpenſier, qui renvoie l'acquéreur de la demande, & condamne les filles aux dépens.

Appel en la Cour; Arrêt qui déclare la Seigneurie vendue, affectée, obligée & hypothéquée au paiement & reſtitution des deux tiers appartenants aux filles dans les deniers dotaux de leur mere.

Il me ſemble qu'il y a quelque choſe qui ne s'entend pas bien dans le fait qui a donné lieu à l'Arrêt: car, 1°. les deux filles ayant été mariées par leur pere, elles avoient été probablement dotées, & leur dot étoit à défalquer ſur ce que leur pere pouvoit leur devoir. Cependant par l'Arrêt on leur adjuge les deux tiers des deniers dotaux, qui eſt tout ce qui pouvoit leur appartenir, étant trois enfants. Mais quoi qu'il en ſoit, & en ſe renfermant dans la queſtion mixte, nous trouvons dans M. Réné Chopin, qui rapporte ce même Arrêt, *de privilegiis*

*ruſticorum, lib.* 2, *p.* 2, *ch.* 2, *n.* 4, *de ſocietate pecoris paſcendi*, une circonſtance bien différente & bien déciſive néanmoins, & qui juſtifie pleinement à cet égard la déciſion de l'Arrêt ; il obſerve que les conjoints avoient contracté mariage en Auvergne, & avoient adopté les Loix d'Auvergne, & que depuis ils avoient transféré leur domicile à Aigue-Perce, Coutume locale, *Arvernis moribus contractum eſt inter villicum & colonam matrimonium, ambo deindè commigrant in Montpenſarii Ducatus regionem*, & que la queſtion fut ſi le Payſan, après le décès de ſa femme, pouvoit prétendre tous les meubles, comme gain nuptial, ſuivant le domicile pris depuis le contrat de mariage, & depuis les conventions matrimoniales, *& domicilio poſt dotale pactum & inſtrumentum ſupervenienti.* Au lieu que Bacquet dit que le mari étoit domicilié à Aigue-Perce au jour de ſon mariage, qu'immédiatement après ils s'y étoient retirés, & ne parle, en aucune maniere, qu'ils euſſent contracté *Arvernis moribus.*

L'Arrêt, dans l'eſpece rapportée par Chopin, eſt certainement conforme aux principes de tous nos Auteurs. Si les Parties étoient domiciliées dans la Coutume générale d'Auvergne, au jour de leur mariage, ou s'ils en avoient adopté les Loix, c'étoit inconteſtablement la Loi d'Auvergne qu'il falloit ſuivre, & non pas la Loi locale d'Aigue-Perce où les conjoints étoient allés demeurer depuis ; & en ce cas il étoit de regle de donner la préférence à la Loi d'Auvergne, non pas comme Loi du domicile de la femme, mais ou comme Loi du domicile des Parties, ou comme Loi convenue.

D'ailleurs je ne craindrai pas de dire, ſans vouloir manquer au reſpect que j'ai pour les déciſions ſouveraines, que ſuppoſé que l'eſpece jugée, fût telle qu'elle eſt rapportée par Bacquet, les principes ſur nos queſtions mixtes, n'étoient pas pour lors développés, ni ſi connus qu'ils le ſont aujourd'hui, & qu'il ſeroit permis de revenir à l'examen de queſtions auſſi difficiles & auſſi embarraſſées que le ſont celles-ci ; & à ne conſidérer que la droite raiſon, peut-on croire qu'une femme qui quitte ſon domicile pour n'y jamais revenir, qui va vivre ſous les Loix qui ont lieu dans le domicile de ſon mari, veuille néanmoins être réglée par des Loix qu'elle quitte elle-même ? Cela ne tombe pas en préſomption ; c'étoit à la femme à ſe réſerver, l'exécution

l'exécution des Loix de ſon domicile, ſi elle entendoit un jour les réclamer.

Il eſt vrai, & c'eſt une autre exception du principe général, que ſi le mari s'étant marié dans le lieu du domicile de ſa femme, y établiſſoit à l'inſtant ſon propre domicile, ce lieu, dès ce moment, deviendroit celui du domicile matrimonial, non pas parce que c'eſt le domicile de la femme, mais parce que le mari l'auroit choiſi pour le ſien. C'eſt la déciſion d'Alexandre, *conſ.* 100, *liv.* 3; de Décius, *conſ.* 19 & 402; de Tiraqueau, *de legib. connub. gl.* 2, *n.* 45; de Lebrun, Traité des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 3, *ſect.* 7, *n.* 13; & de Garcias, *de impenſis & acqueſt. n.* 140, 141 & 142. Voici comment s'exprime ce dernier. *Sed pone conjugem domicilium habere in uno regno, uxorem in alio, contractum eſſe matrimonium in loco domicilii uxoris, aut alibi, diverſaſque eſſe leges de dividendis & lucrandis bonis; quæ leges ſint attendendæ in quæſtione: communis & recepta ſententia tenet conſiderandam eſſe conſuetudinem & ſervandas leges illius regni, aut loci, ubi maritus habet domicilium tempore quo matrimonium contrahitur ..... .. etiamſi maritus poſtea mutet domicilium, & moriatur in domicilio novo.* Boérius ſur Berri, *de conſuetud. matrimo.* §. 4; *ſed communis ſententia non habet locum ſi maritus contraxit matrimonium in domicilio uxoris, eo conſilio ut ibi vivat & moriatur.*

Mais je n'eſtimerois pas qu'une réſidence dans le domicile de la femme, pour y faire, par le mari, le recouvrement des dettes actives de ſa femme, ou pour jouir & percevoir des nourritures qui lui avoient été promiſes en dot, pût être regardé comme le domicile matrimonial, s'il retournoit enſuite dans ſon ancien domicile.

Je n'eſtimerois pas encore que tout autre endroit non connu, ni prévu par les deux Parties conjointement, & où le mari iroit s'établir immédiatement après ſon mariage, pût être regardé comme le domicile matrimonial.

Je craindrois que le mari ne fût en fraude, en celant ainſi le domicile qu'il auroit en vue, à moins qu'un homme n'en eût point du tout; ce qui eſt rare, ne fût-ce que celui d'origine qui néanmoins ne l'emporteroit pas toujours, s'il paroiſſoit totalement abandonné. Voyez M. le Préſident Bouhier, *ch.* 21, *n.* 43.

Cela préſuppoſé, le concours ne peut plus reſter dans l'eſ-

pece que nous avons propoſée ci-devant, qu'entre la Coutume du domicile du mari au jour du mariage, celle du domicile au jour du décès du mari, ou de la femme, & enfin celle de la ſituation des biens. C'eſt là où porte toute la difficulté, & il nous reſte à examiner dans la concurrence de ces trois Coutumes, quelle eſt celle qui doit l'emporter.

J'entends, comme je l'ai dit ci-devant, par ces termes, *gains nuptiaux & de ſurvie*, tous ceux que les Loix accordent au ſurvivant des conjoints, ſoit que ce ſoit prochainement à cauſe de la célébration de mariage, ſoit que ce ſoit d'une maniere moins prochaine & plus éloignée.

J'ai dit dans mes Diſſertations ſur les démiſſions de biens, *page* 159, en parlant en général des Droits de ſurvie, que ces droits accordés par la Loi du domicile, étoient, ou expreſſément convenus, ou tacitement; & que dans l'un & l'autre cas, ils étoient dûs conformément à la Loi du domicile, lorſqu'ils étoient purement mobiliers.

Mais que ſi ces droits étoient immobiliers, c'eſt-à-dire, à prendre en nature de biens fonds, pour lors j'ai diſtingué: ou ces biens appartiennent aux conjoints, ſans leur concours, ou avec leur concours; ſi ſans leur concours, il faut ſuivre la Loi réelle de la ſituation; que ſi par le concours des conjoints ces biens ſont ſitués ailleurs, pour lors la Loi du domicile matrimonial qui paſſe *in vim legis*, *& taciti pacti* agit ſur ces biens, par la crainte de la fraude.

M. le P. Bouhier, *pag.* 516, eſtime que mon ſyſtême de la convention préſumée, auroit dû me faire appliquer ma déciſion généralement à tous les biens immobiliers en quelqu'endroit qu'ils puiſſent être ſitués; mais quand pour des droits réels, j'invoque la convention préſumée de la Loi du domicile matrimonial, c'eſt que je crois qu'il eſt de regle de ne l'invoquer qu'autant que les biens y ſont ſitués, ou qu'ils ſont ſitués ailleurs par le fait de l'homme, pour faire fraude à la Loi.

Mais pour l'éclairciſſement de toutes les queſtions particulieres qui peuvent tomber ſur les gains de ſurvie, il faut entrer dans quelque détail.

M. Froland, *pag.* 395, de ſes Mémoires ſur les Statuts, croit que l'on peut diſtribuer tous ces gains nuptiaux en deux claſſes, ceux qui ſont une ſuite de la communauté, & ceux qui n'en ſont pas.

En la queſtion 19 de mes Diſſertations ſur les queſtions mixtes, j'ai diſtingué entre les gains de ſurvie ceux qui appartiennent aux conjoints, comme conjoints, & ceux qui leur appartiennent en toute autre qualité, quoiqu'acceſſoire à celle de conjoints.

Cette diviſion que je faiſois pour lors, pouvoit ſuffire par rapport à la queſtion que je me propoſois de traiter; mais elle eſt trop reſtreinte, dès qu'il s'agit de traiter en général de tous les gains de ſurvie.

C'eſt pourquoi je ſubdiviſe les droits de ſurvie qui regardent les conjoints, comme conjoints, en ceux concernant la dot, ceux concernant la communauté, ceux concernant le douaire, parce que tous ces droits, quoiqu'appartenant aux conjoints à titre de conjoints, peuvent avoir leurs principes différents.

A l'égard des autres droits qui peuvent appartenir aux conjoints, en toute autre qualité que celle de conjoints, quoiqu'acceſſoire à celle de conjoints; ces droits ſont ordinairement ceux qui ſont accordés à la qualité de pere: tels ſont ceux de garde-noble ou bourgeoiſe qui ont lieu dans quantité de nos Coutumes, ceux accordés en Normandie à un pere qui a eu un enfant né vif de ſon mariage, ceux de puiſſance paternelle & autres. Entrons en matiere.

*Droits de ſurvie appartenants aux conjoints, comme conjoints à raiſon de la dot.*

Je ne prétends pas entrer dans l'énumération des gains nuptiaux de ſurvie, preſcrits tant dans le Pays de Droit écrit, que dans les différentes Coutumes du Royaume. Si l'on veut s'inſtruire ſur la variété & la multiplicité de ces gains, en ce qui regarde les Pays de Droit écrit, il faut avoir recours au Livre unique que M. Antoine-Gaſpard Boucher d'Argis, notre confrere, nous a donné, intitulé *des gains nuptiaux & de ſurvie:* ce Livre contient quantité d'uſages ſur cette matiere que communément on ignore, ou que l'on ne peut apprendre qu'après bien des recherches. Ce confrere aſſiſtoit aux conférences que MM. Froland, Maillard & moi avons faites en 1729, avec quantité de nos jeunes confreres, qui font aujourd'hui l'ornement du Barreau; & quoiqu'il fût jeune lui-même, je connus

néanmoins par ſon bon eſprit, ſon émulation & ſon application, qu'il feroit honneur à l'ordre : il commence par où les plus anciens ſont trop heureux de finir. *Primordia tanta vix pauci meruere ſenes.*

J'obſerverai ſeulement d'après ce qu'a remarqué cet excellent confrere, que dans les Pays de Coutumes les gains de ſurvie ſont totalement différents de ceux des Pays de Droit écrit, & que chaque Province a même ſur cette matiere ſes uſages particuliers ; que dans preſque tous les contrats de mariage paſſés en Pays coutumier, on y ſtipule un préciput au profit du ſurvivant à prélever avant partage ſur la maſſe de la communauté : ſouvent même ce préciput eſt accordé à la femme ſurvivante, quoique renonçante à la communauté ; qu'indépendamment de ce préciput conventionnel, pluſieurs Coutumes donnent aux conjoints nobles, les unes tous les meubles & effets mobiliers, lorſqu'il n'y a pas d'enfants, les autres une certaine nature de meubles ſeulement, &c.

Le douaire eſt encore un gain de ſurvie pour la femme qui n'en a communément que l'uſufruit, & dans beaucoup de nos Coutumes la propriété en appartient aux enfants, en renonçant à la ſucceſſion de leur pere.

Les conjoints ſont encore autoriſés pendant le mariage à s'accorder certains gains de ſurvie ; mais à cet égard cette permiſſion eſt très-variée ; quelques Coutumes ne le permettent qu'en uſufruit, d'autres en propriété, les unes n'y ayant enfants, d'autres y en ayant.

Dans le Pays de Droit écrit on admet pour gain de ſurvie l'augment de dot pour la femme, le contre-augment pour le mari ; il y a outre ce, des bagues & des joyaux.

Ces gains du Pays de Droit écrit n'ont pas lieu également par-tout & de la même maniere.

A Lyon l'augment de dot a lieu au profit de la femme ſurvivante, & cela de plein droit & ſans ſtipulation ; mais pour les bagues & joyaux, il faut une convention ainſi que pour le contre-augment, quand le mari en veut un.

En Beaujolois, non-ſeulement l'augment, mais encore les bagues & joyaux y ont lieu de droit & ſans ſtipulation.

Dans le Mâconnois & dans la Provence, ni l'augment, ni les bagues & joyaux n'ont lieu ſans ſtipulation.

Au Parlement de Pau, il ne faut pour l'augment au-

cune ſtipulation ; mais il en faut pour le contre-augment.

Je ne fais qu'indiquer, parce que l'on trouvera à ſe ſatisfaire abondamment dans le Livre de M. Boucher d'Argis.

Reſte à obſerver que ces gains de ſurvie dans les Pays de Droit écrit, conſiſtent plus communément en effets mobiliers, ou en ſommes de deniers que le ſurvivant a à prendre après le décès du prédécédé ; mais quelquefois auſſi ils conſiſtent en quotité dans les immeubles, ou en des droits d'uſufruit.

Cela préſuppoſé, les conjoints étoient domiciliés dans un lieu au jour de leur mariage, leurs biens étoient dans un autre, & depuis leur mariage ils ont changé de domicile, & l'un d'eux eſt mort dans ce nouveau domicile.

Tous ces différents endroits donnent différents gains de ſurvie, comme nous venons de l'obſerver, & entre ceux qui donnent les mêmes gains, les uns les donnent de droit, les autres exigent une ſtipulation : *quid Juris ?*

Sur toutes ces queſtions j'eſtime qu'il faut bien remarquer quelle eſt la nature & la qualité des gains accordés : ſi dans le lieu du domicile matrimonial les gains de ſurvie y ſont accordés en meubles ou deniers, j'eſtime qu'il faut ſuivre la Loi de ce domicile, tant pour la maniere d'acquérir ces droits, que pour la quotité & qualité d'iceux, ſoit que les biens dotaux ſoient ſitués en Pays qui exigent une autre maniere, ou qu'ils accordent une autre quotité ou qualité de gains.

Il faut ſe reſſouvenir que nous ne parlons ici que des droits appartenants aux conjoints, comme conjoints à raiſon de la dot.

Or, peut-on douter que c'eſt la Loi du domicile du mari au jour du mariage, qui ſeule peut donner ces droits que nous ſuppoſons être en deniers & effets mobiliers ?

Ce ne peut pas être d'abord la Loi d'aucun nouveau domicile, parce que cette nouvelle Loi reçoit les conjoints tels qu'ils ſont, & avec les droits qui leur ſont acquis au moment même qu'ils ont été affectés de la qualité de conjoints ; c'eſt ce que M^e Ch. du Molin a décidé pour ce cas particulier.

*Si maritus poſtea cum uxore tranſtulerit domicilium, an debeat attendi illud quod erat tempore contractûs, an vero ultimum quod invenitur tempore mortis, & iſtud ultimum tenet Salic. hîc in L.* 1, *col.* 4, *& ſequitur Alex. in Dec. conſ.* 100 ; *ſed hoc non ſolum iniquum ; quia maritus de loco in quo nihil lucratur, vel*

*tantum 4tam, posset transferre domicilium ad locum in quo totam dotem lucraretur, premoriente uxore sine liberis ut Tolosæ, & quod sit falsum probo per textum, dict. L. exigere in fine, ubi loquitur de certo illo domicilio, ad quod ipsa mulier per conditionem matrimonii, rebus sic stantibus erat transitura; ergo intelligitur de primo tunc præviso, & intellecto, & non de posteriori, quia per prædicta inest tacitum pactum quod maritus lucrabitur dotem conventam, in casu, & proportione Statuti illius domicilii quod prævidetur, & intelligitur, & istud tacitum pactum nisi conventum fuerit, intrat in actionem ex stipulatu rei uxoriæ, & illam informat; itaque semper remanet forma semel ab initio impressa.*

Rodericus Suarès, en son Traité, *de Lucris mariti, & uxoris, n.* 41, après avoir adopté la Loi du domicile matrimonial, ajoute, *illud est verum, etiamsi maritus post contractum matrimonium mutaverit domicilium suum; nam attenditur consuetudo illius domicilii quod erat tempore quo fuit contractum matrimonium, quia attendi debet locus ubi fuit orta obligatio, non ubi recepit purificationem.*

C'est encore la décision de Mascardus, *concl.* 7, *n.* 62, *obligatio enim ad dotem, & dotis restitutionem oritur tempore contractûs, conditionaliter purificanda per actum mortis; attenditur ergo locus destinati contractûs, & obligationis, tempore contractûs, non locus purificatæ obligationis*, & au *n.* 69, vers le milieu il s'explique encore plus positivement, *nec obstat quod lucrum provenerit ex morte mulieris quæ tempore novi Statuti contigit, ideo novum Statutum inspici oportere, quia negatur presuppositum; nam imo provenit lucrum ex ipsomet contractu dotali à principio in quo partes convenisse, & mentem accommodasse censentur ad lucrum tunc temporis certum, & determinatum à Statuto, non autem ad illud quod ignorabant, & non poterant divinare; & licet effectus executionis talis contractûs differatur in tempus mortis, uxoris tamen jus fuit ortum à principio ipsius contractûs, licet conditionaliter.*

Ce sont ces principes qui m'ont fait dire en mes démiss. *pag.* 157, que l'avis de ceux qui décidoient pour la Loi au jour du décès, heurtoit les grands principes, & qu'il étoit plus simple de fixer la nature des droits que les conjoints peuvent avoir les uns contre les autres, arrivant la dissolution du mariage au bout de 10, 20 & 30 ans, par ceux qu'ils auroient eus, si le

lendemain du mariage célébré, l'un des deux étoit mort, & c'eſt principalement aux gains ſur la dot que ces réflexions doivent être appliquées.

Ces réflexions ſont devenues d'un grand poids depuis que M. le P. Bouhier les a approuvées, *chap.* 22, L'Arrêt de 1329, rapporté par Chopin ſur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 2, *tit.* 2, *n.* 4, eſt entiérement conforme à ce que nous venons de dire. Un Périgourdin, qui demeuroit depuis du temps à Paris, y avoit contracté mariage avec une fille qui y étoit domiciliée, & depuis ils y avoient demeuré encore long-temps; le mari avoit enſuite emmené ſa femme en Périgord, où il étoit décédé: il fut ordonné que ſa veuve ne pourroit demander un augment de dot, ſuivant ce qui s'obſervoit en Périgord; mais qu'elle auroit les gains nuptiaux, ſuivant la Coutume de Paris: c'eſt encore l'eſpece de l'Arrêt du 23 Mai 1572, ci-devant rapporté, du moins ſi on s'en tient aux circonſtances détaillées par Chopin, comme nous l'avons obſervé.

Pallu, qui eſtime que *in lucris reciprocis inſpicitur tempus mortis quantum ad mobilia*, a de la peine à digérer cet Arrêt de 1572. Il prétend ſur l'*art.* 247 de la Coutume de Tours, que la qualité des parties peut y avoir donné lieu, parce que, dit-il, c'étoient deux Payſans, leſquels ont le plus communément leurs biens en meubles & beſtiaux; & que l'on jugea qu'il n'étoit pas raiſonnable que par le changement de domicile au Duché de Montpenſier, qui attribue les meubles au ſurvivant, les héritiers du prédécédé fuſſent privés de toute la ſucceſſion, ce qu'il n'y auroit pas lieu de tirer à conſéquence aux nobles qui ont leur principal bien en fonds: mais la différence que Pallu prétend mettre entre les nobles & les roturiers pour ſe débarraſſer de l'Arrêt, n'eſt pas raiſonnable elle-même; la Coutume locale de Montpenſier donnant au mari ſurvivant la moitié des deniers dotaux, le mari ſurvivant, quoique payſan, devoit, dans le principe de Pallu, les avoir.

Au ſurplus nous allons obſerver tout préſentement, que Pallu ne ſe ſoutient pas dans ſes déciſions, & que par conſéquent ſa critique n'eſt pas du poids qu'elle devroit être.

Si pour fixer ces gains de ſurvie accordés à raiſon de la dot en meubles ou deniers, il ne faut pas conſulter la Loi du domicile au jour du décès, il ne faut pas plus conſulter la Loi de la ſituation des biens dotaux.

C'eſt pour ces gains à fournir en meubles ou en deniers que j'emploie l'endroit de Mᵉ Ch. du Molin, où il dit que les conjoints ſont préſumés convenir de ces droits dans le moment de leur mariage, & conformément à la Loi qui régit leur mariage. Voici comme il s'exprime. *Ineſt tacitum pactum quod maritus lucrabitur dotem conventam in caſu, & pro portione Statuti illius domicilii quod prævidetur, & intelligitur, & iſtud tacitum pactum, niſi conventum fuerit, intrat in actionem ex ſtipulatu rei uxoriæ, & illam informat.... non ſolum inſpicietur Statutum, vel conſuetudo primi illius domicilii pro bonis ſub illo ſitis; ſed locum habebit ubique, etiam extra fines, & territorium dicti Statuti etiam interim correpti, & hoc indiſtincte, ſive bona dotalia ſint mobilia, ſive immobilia ubicumque ſita, ſive nomina.* Voici la raiſon qu'il en donne: *ratio punctualis ſpecifica hîc procedit in vim taciti pacti ad formam Statuti, veluti quod tacitum pactum pro expreſſo habetur, ergo illud lucrum ſtatutarium propriè non eſt legale, ſed conventitium, ſeu pactionale,* C. lib. 1, tit. 1, concl. de ſtatut.

C'eſt en conformité que, *pag.* 159 de mes démiſſions de biens, j'ai dit que ces ſortes de droits mobiliers, ou ſont expreſſément convenus par le contrat de mariage, ou s'il n'y a pas de contrat de mariage, ils ſont préſumés tacitement convenus entre les parties, & dans l'un ou l'autre cas ils ſont dus aux conjoints conformément à la Loi du domicile du mari lors du mariage.

Mais, comme l'on voit, il n'eſt encore queſtion que des gains mobiliers: car par rapport aux droits qui conſiſtent en réalité, comme droits d'uſufruit, ou droits de propriété, j'ai cru qu'ils avoient leurs réflexions particulieres.

Il y a donc par rapport à ces gains mobiliers, ou une convention tacite & préſumée, ou une convention expreſſe.

Mais y a-t-il même néceſſité d'admettre une convention préſumée? & ne pourroit-on pas abſolument dire que la Loi du domicile matrimonial donnant de ſon autorité pour gains de ſurvie, des meubles, ou une ſomme de deniers, & les fixant, & les déterminant à une certaine quotité, elle eſt en droit d'impoſer cette charge ſur les conjoints, & de les borner à ce qu'elle juge à propos de donner, ſans recourir à aucune convention préſumée?

Cette premiere déciſion a lieu, ſoit que la dot conſiſte en meubles, ſoit qu'elle conſiſte en immeubles, *ſive bona dotalia ſint*

*ſint mobilia, ſive immobilia*, ſoit même que ces immeubles ſoient ſitués ailleurs, *ubicumque ſita ;* parce que la Loi du domicile matrimonial eſt pleinement la maîtreſſe d'accorder aux conjoints tels droits mobiliers qu'elle juge à propos, qu'elle eſt en droit de leur commander, & que n'accordant que des droits mobiliers, elle n'outre-paſſe pas ſon pouvoir.

Mais ſi, au contraire, ces gains de ſurvie étoient à prendre en nature d'immeubles, & pour des quotités différentes, & ſous des modes differents dans le lieu du domicile & dans celui de la ſituation, pour lors le combat entre la Loi du domicile matrimonial & la Loi de la ſituation des biens ſe trouveroit très-ſérieux.

Il paroîtroit qu'il ſeroit plus convenable de ſuivre la Loi de la ſituation. Les droits en queſtion ſont des droits réels ; ce ſont, ou des fonds entiers, ou des quotités de fonds, ou des uſufruits, & il n'y a que les différentes Loix de la ſituation qui puiſſent ainſi diſpoſer des fonds, parce qu'ils ſont ſous leur domination.

Il n'en eſt pas de ce cas comme de celui où les gains de ſurvie ſont en ſimples meubles ou en deniers : c'eſt la Loi du domicile matrimonial qui les regle, comme on vient de l'obſerver ; mais ici ces gains de ſurvie ſont des fonds en nature, ſoumis aux Loix où ils ſont ſitués.

Tel eſt l'avis de M. d'Argentré, *art.* 218 de la Coutume de Bretagne, *n.* 46, à l'occaſion préciſément du gain de la dot, *nos rerum lucrandarum ſitum ſpectandum dicimus, & quid de ea re ſingularia Statuta permittant, quid abnuant, reſpiciendum : quare ſi Lugduni incola tale Statutum habeat domi, fruſtra res Britannicas vindicabit, nec enim de rebus ſoli legem ab alieno domino poni nobis paſſuri ſumus qui alio jure utimur.*

Burgundus eſtime cette déciſion de d'Argentré ſi certaine, qu'il ne veut pas même qu'on entreprenne de l'établir. Voici le titre de ſa Diſſertation, *cujus loci Statutum in lucro dotis ſpectemus, viri an uxoris, contractûs, an domicilii ?* & voici ſa déciſion. *Si dotalitium rei immobilis in controverſiam veniat, & antiquitus obtinuit ſententia, ut ad locum ſitûs reſpicere oporteat, quæ, cùm uſque ad noſtra tempora, apud omnes qui moribus reguntur, inviolabilis duret, non eſt committendum ut illam dubiam faciam deffenſionis ſollicitudine*, tract. 2, n. 10.

Mais pour le parti contraire on peut dire, comme je l'ai

obſervé en mes queſtions mixtes, *diſſert.* 19, *pag.* 356, que la dot eſt un titre général.

Que ſous ce titre de dot ſont compris tous les biens qui compoſent la dot, *ſive bona data in dotem ſint immobilia, ſive ſint ſita alibi quàm in domicilio viri, ſemper tamen dotalia dicuntur, & ſub nomine dotis datæ venient*, comme dit Maſcardus ci-après cité.

Que quand une Loi donne des gains de ſurvie en conſidération de la dot, elle l'enviſage comme une ſeule maſſe qui ne peut pas, par cette raiſon, être ſujette à différentes Loix.

Que la volonté des Parties qui a rangé tous ces biens dans une même claſſe, & ſous la même dénomination de dot, s'eſt portée auſſi vers une même Loi qui eſt celle du domicile.

C'eſt apparemment ce qui a déterminé Me Ch. du Molin à décider pour la Loi du domicile matrimonial, *ſive bona dotalia ſint mobilia, vel immobilia ubicumque ſita.*

Me Ch. du Molin appuie ſon ſentiment ſur l'autorité de Balde *in C.* 1 *de juramento calumn.* Mais c'eſt en ſon *conſ.* 208, que cet Auteur décide qu'en matiere de droits nuptiaux, les Docteurs eſtiment qu'il faut conſidérer *conſuetudines & ſtatuta vigentia in domicilio mariti.* Il dit même, *non curo ubi res ſint poſitæ quæ in dotem datæ ſunt :* car en l'endroit cité par du Molin, il paroît au contraire qu'il en excepte le cas où les gains de ſurvie conſiſtent en immeubles ; *nam ſpeciale videtur in dote ut ſequamur conſuetudinem viri ; ſed illud eſt verum in bonis ſubjectis illæ conſuetudini, ſi bona loco cohærent.*

Si pour la déciſion de ces queſtions, il étoit poſſible d'admettre le ſyſtême de la convention préſumée, relative à la Coutume du domicile matrimonial, on trancheroit bien toutes difficultés ; mais ce ſyſtême eſt-il admiſſible ? & n'a-t-il pas lui-même ſes difficultés ? Cette convention effectivement peut bien ſe préſumer par rapport aux meubles & effets régis par la Loi du domicile matrimonial ; je prétends même qu'on n'en a que faire dans ce cas ; parce qu'à l'inſtant du mariage, la Loi du domicile matrimonial charge les conjoints d'une dette mobiliaire envers le ſurvivant. Cette créance eſt, à la vérité, *in pendenti ;* parce qu'il eſt incertain lequel des deux ſera ſurvivant ; mais le cas du décès avenu, le droit du ſurvivant lui eſt pleinement acquis, & remonte au moment du mariage.

Mais quand les gains ſont accordés en nature d'immeubles,

n'y a-t-il pas autant & plus de raiſon de préſumer que les Parties n'ayant pas fait de conventions expreſſes, s'en ſont tenues aux diſpoſitions des Loix de la ſituation, & ſe ſont référées à ces Loix; en ſorte que, dans ce cas, la convention préſumée eſt plus naturelle pour la Loi de la ſituation, que pour toute autre Loi?

La déciſion de d'Argentré & de Burgundus paroît donc plus conforme à la ſévérité des principes admis dans la matiere des Statuts; & c'eſt ſur ce plan que j'ai répondu en l'affaire du ſieur François-Philippe Ferrand marié à Namur, contre les enfants de ſon premier mariage avec Marie-Françoiſe Rouillon, dite Caſtaigne, native de Namur, laquelle lui avoit apporté des fonds ſitués à Namur, & j'eſtimai que ces fonds étant ſitués à Namur, & que cette Coutume donnant au ſurvivant l'uſufruit des biens réels apportés en mariage, par le prédécédé, c'étoit un préſent d'un droit réel & foncier qu'elle lui donnoit, & qu'elle avoit droit de lui donner ſur des biens qu'elle régiſſoit.

Et s'il y avoit une Loi à faire, je ne ſais s'il ſeroit mieux d'adopter le ſyſtême de la convention préſumée, ſelon lequel il faudroit ſe renfermer indéfiniment dans la Loi du domicile matrimonial. C'eſt, à la vérité, l'avis de Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 65, *de gen. ſtatut. interp.* qui, après avoir cité & indiqué pluſieurs Docteurs, dont la déciſion eſt en faveur des différentes Loix de la ſituation, ajoute: *verum de hujuſmodi opinione videtur cogitandum per ea quæ in contrarium expreſſe voluit Baldus, conſ.* 208, *vol.* 3, *ubi affirmat doctores in talibus lucris inſpicere conſuetudines, & ſtatuta vigentia in domicilio mariti; nam per matrimonium ipſa mulier tranſit in juriſdictionem & poteſtatem ſtatuentium, nec curandum ubi res ſunt poſitæ quæ in dotem datæ ſunt ..... & facit quia diſpoſitio leg. exigere dotem, eſt generalis & indefinite loquens de dote. Ideò etiam ad omnem dotem datam tam in mobilibus quàm in immobilibus referri debet, cùm utraque dos æque dici debeat dos, & textus L. exigere, ſolum dotem datam indiſtincte conſideravit, nec ex eo quod in immobilibus conſiſtat, minus efficitur maritus illius dominus, durante matrimonio, ſicut & illo ſoluto pariter eodem jure debitor cenſetur & remanet; ideò eadem exactio & lucrum conſiderabitur, nec quod bona ſint immobilia, & ſita alibi quàm in territorio ſtatuentium, poteſt impedire lucrum juxta conſuetudinem domicilii mariti de dotis lucro agentis, quia ratio quare maritus lu-*

*cretur de bonis uxoris, eſt quia fuerunt ſibi data in dotem, & intuitu dotis lucrum à ſtatuto permiſſum eſt, undè quemadmodum ſive bona data in dotem ſint immobilia, ſive ſint ſita alibi quàm in domicilio viri, ſemper tamen dotalia dicentur, & ſub nomine dotis datæ venient, ita in illis debet verificari diſpoſitio de lucro dotis loquens, præcipue ex tacita conventione partium, quæ, ut ſæpe dictum fuit, cenſentur accommodaſſe animum quoad lucrum dotis, ad eam quantitatem quæ ex domicilio viri, prout de jure diſponitur, debetur; & quemadmodum dos erit, ut dicebamus, licet bonorum pars in dotem datorum una ſit Florentiæ, altera Januæ, 3a. Romæ, ita ad omnia prædicta bona tanquam dotalia, & tanquam dotem, partes reſpexiſſe dicentur, & in eis quoad lucrum, animum, & conventionem accommodaſſe, & ſic, ſi quid de virtute ſtatuti deficere in prædictis poſſet dici, reſpectu bonorum extra territorium ſtatuentium ſuppletur, ex conſenſu partium quæ ſicut de lucro dotis cogitaſſe & conveniſſe cenſentur, & dos ita appellatur, & erit ſi eſt extra territorium ſtatuti prout ſi in territorio reperiretur;* & Maſcardus cite à la fin de ce raiſonnement Phanuc. *de lucro dotis, gl. 9, n. 34,* qu'il dit appuyer cet avis *rationibus & autoritatibus.*

Cet avis me paroît fort juridique, quand il ne s'agit que de gains purement mobiliers, ne puſſent-ils ſe prendre que ſur des biens ſitués dans différentes Coutumes non-prohibitives ; mais quand il s'agit de gains purement réels, il me paroîtroit, au contraire, que toutes les raiſons ſont en faveur de l'avis oppoſé : eſt-il permis d'admettre qu'une Loi étrangere donne & diſpoſe de biens qui ne ſont pas ſous ſa domination ? & comment introduire une convention tacite qui bleſſe & qui offenſe l'autorité reconnue dans toutes les Nations, des Loix de la ſituation ? L'homme n'imagine pas de faire des Loix, ou de les changer ; il ſe repoſe ſur celles qui ſont faites, & ce repos prévient tout cri & fait ceſſer toute controverſe.

Mais enfin, ſi l'on admettoit l'avis de Marſcardus & de ceux qui l'ont embraſſé, je voudrois du moins, pour ne point donner trop d'atteinte aux principes généraux & à l'autorité des Coutumes particulieres, que ſi la Coutume du domicile du mari donnoit une certaine quotité dans la dot immobiliaire, & que la Loi de la ſituation donnât une moindre quotité avec prohibition d'outre-paſſer, ce qui excéderoit, ne pût ſe prendre dans cette Coutume prohibitive, ſauf à le prendre ſur les autres Coutumes non prohibitives.

C'eſt pourquoi par une ſuite de principes, ſi la femme mariée & domiciliée en Normandie, ſe trouve dans le cas de bref de mariage encombré, & qu'elle ait des biens dotaux à Paris aliénés, elle ne pourra exercer ſon droit de réintégrande porté au *tit.* 21 de cette Coutume, ſur ſes biens dotaux ſitués à Paris; ces ſortes de droits étant accordés par la Coutume de Normandie, comme droits réels, leſquels ne ſont point accordés par la Coutume de Paris.

Non-ſeulement les Loix accordent aux conjoints des droits de ſurvie dans la dot, mais elles en accordent encore quelquefois aux peres & meres, comme des droits de retour de ce qu'ils ont donné à leurs enfants; quand ces droits ſont en fonds, les peres & meres les tiennent de la Loi de la ſituation, & cela eſt, ſans difficulté, lorſque ces droits ſont mêlés de ſucceſſion, comme porte l'*art.* 313 de la Coutume de Paris; mais quand ces droits conſiſtent en meubles qui leur retournent, c'eſt la Loi du domicile des peres & meres qui dotent qu'il faut ſuivre, parce qu'à leur égard ils ſont préſumés doter conformément à la Loi qui les régit, qui eſt celle de leur domicile qu'ils ne quittent pas pour ſuivre celui de leur gendre. *Maſcard. concl.* 7, *n.* 66. Voyez M. le P. Bouhier, *ch.* 22, *n.* 167: il rapporte un Arrêt du Parlement de Paris de 1700, qui peut autoriſer cette déciſion en ce que les raiſons qu'il donne peuvent être appliquées à ce que nous venons de dire, qui eſt la convention tacite des peres & meres.

Voilà pour ce qui concerne les gains nuptiaux accordés aux conjoints à l'occaſion de la dot.

### *Droits de ſurvie appartenants aux conjoints, à raiſon de la communauté.*

Nous avons fait voir ci-devant que la communauté d'entre conjoints devoit être régie par la Loi du domicile matrimonial, en ce qui regarde les meubles en général, & les acquiſitions d'immeubles que les conjoints peuvent faire pendant la rée de leur mariage.

Delà il eſt ſenſible que ſi la Coutume du domicile preſcrit au ſurvivant des conjoints communs, & à titre de communs, comme dépendances & appendices de la communauté, certains avantages ſur les conquêts que ne donneront pas d'autres

Coutumes où les conjoints pourroient acquérir, & où ils pourroient transférer leur domicile, il ne faudra néanmoins pour régler ces avantages, soit en meubles, soit en immeubles, s'arrêter qu'à celle du domicile matrimonial.

La pluralité des Coutumes partage la communauté en deux moitiés; l'une pour le mari ou ses héritiers, l'autre pour la femme ou ses héritiers: dans quelques-unes de ces Coutumes, comme celle de Paris, le survivant noble a sur les meubles quelques avantages plus ou moins restreints; d'autres, au contraire, comme Maine, *art.* 299; Anjou, *art.* 283; Tours, &c. outre la moitié des immeubles conquêts qui appartiennent en propriété au survivant, donnent encore au survivant l'usufruit de l'autre moitié; les unes, *etiam liberis existentibus;* & les autres, *liberis non existentibus*, & il semble même que cet usufruit soit un ancien usage de France, suivant les établissements de saint Louis, *liv.* 1, *chap.* 134.

Pallu sur l'Article 247 de la Coutume de Touraine, propose notre question en ce qui regarde les meubles de la communauté. Si, dit-il, après le mariage contracté en Touraine, le mari y ayant lors son domicile, & les conjoints y ayant demeuré quelques années, sont allés demeurer en autre Province, en laquelle la Coutume n'attribue au survivant les meubles, j'estime (c'est Pallu qui parle) qu'il ne laissera pas que de les avoir, pourvu qu'ils aient contracté communauté en termes exprès, suivant la Coutume de Touraine, *quod includit tacitum pactum* de prendre les meubles par le survivant, ainsi qu'il a été jugé par Arrêt d'Audience du 16 Juillet 1585, rapporté par Chopin sur Anjou, *liv.* 3, *chap.* 2, *tit.* 2, *de connub. bonor. societate, n.* 16, *fol.* 403.

Pour l'intelligence de cet Arrêt, il faut remarquer que l'Article 247 de la Coutume de Touraine donne au survivant des conjoints nobles les meubles, s'il veut les prendre, à la charge de payer les dettes personnelles mobiliaires, frais funéraires, dons & legs testamentaires à une fois payer.

Ce don de la Coutume est accordé, comme on a pu le remarquer de ce que nous venons de citer de Pallu, aux conjoints nobles domiciliés en Touraine, & communs entre eux de la communauté, telle qu'elle est admise en cette Province, & cela *propter tacitum pactum;* & c'est par cette raison même que Pallu estime que le changement de domicile ne sauroit

faire perdre aux conjoints les droits qui leur ſont acquis à titre de communauté, par la Loi du domicile matrimonial.

Mais Pallu n'eſt pas conſtant dans ſes principes & dans ſes déciſions : car immédiatement après ce que nous venons de citer, il veut que ſi les conjoints nobles qui étant domiciliés & mariés en une Province qui admet, à la vérité, la communauté, mais qui n'attribue pas les meubles au ſurvivant, venoient enſuite demeurer en Touraine, où l'un d'eux décede, le ſurvivant puiſſe jouir du privilege de la Coutume de Touraine qui lui attribue les meubles ; & dès-lors de quels principes peut-on partir ? Car ſi le mari marié en Touraine, ne perd pas les meubles, nonobſtant ſon changement de domicile, & cela *propter tacitum pactum*, comment le mari marié hors cette Coutume, & dans une autre qui ne les donne pas, & où on ne peut pas préſumer *tacitum pactum*, peut-il les acquérir en venant demeurer en Touraine ? Il faudra donc arbitrairement décider, tantôt par la Loi du domicile matrimonial, & tantôt par la Loi du domicile actuel au jour du décès du prédécédé, & dès-lors ce n'eſt plus décider par principes.

Cette derniere déciſion ne ſauroit donc ſe ſoutenir, parce que ces gains de ſurvie, quand ils dépendent de la communauté, n'en ſont pas des dépendances néceſſaires : ils n'ont pas lieu dans pluſieurs Coutumes qui admettent la communauté ; ils ne ſont donc pas dûs de droit, à cauſe de la communauté en général, mais à cauſe de telle communauté : ils doivent prendre naiſſance avec la communauté, de la nature dont elle eſt dans le lieu du domicile matrimonial, & aucun changement de domicile ne ſauroit ajouter après coup, au profit des conjoints, des droits de ſurvie que leur communauté, dans ſon principe, ne leur donne pas, comme le changement de domicile ne ſauroit les leur ôter, quand ils les ont eus dans le principe.

J'eſtime donc la premiere déciſion de Pallu meilleure que la ſeconde, & je ne ſaurois être frappé de la raiſon qu'il allegue pour l'autoriſer, qui eſt que *in lucris reciprocis inſpicitur tempus mortis quantum ad mobilia ;* principe que j'eſtime faux, ſi on en veut faire une regle générale, & faux dans l'application qu'en fait Pallu.

Chopin, en l'endroit ci-deſſus cité, *n.* 16, autoriſe bien la premiere déciſion de Pallu ; mais il ne faut que l'entendre

pour être perſuadé qu'il n'autoriſeroit pas la ſeconde. Voici comme il parle. *Normanus eques Turonicam conjugem accepit, & cum ea legem pactæ bonorum ſocietatis pro moribus Turonicis: intra bimeſtre maritus occubuit, relicto fratre hærede; cui vidua negotium faceſſit de univerſitate moventium, ſuperſtiti conjugi Turonum lege attributa, §. 247: hæres vero contra allegavit mortui domicilium in Neuſtria ſua fuiſſe, cujus morem domicilii res mobiles, uxorque adeo cum domeſtica ſupellectile conſectentur; atqui Normanicâ conſuetudine tantum abeſt ut moventia cuncta lucrifiant à vidua muliere, ut nec ea quidem in bonorum cum marito ſocietatem adſciſcatur; petitricem igitur rerum mobilium ſemiſſe contentam eſſe debere, ex pacto illo Neuſtriæ morum derogatorio, non autem totum auferre ex patriis Turonum conſtitutionibus, nec enim duas cauſas lucrativas, aut ſingularia duo jura ſimul miſceri fas eſſe, ut à nobis toties ſupra demonſtratum eſt: ad ea autem replicat vidua, expreſſam illam ſocietatis conventionem, tacitum quoque mobilium lucrum includere, quod ſociorum conjugum ſuperſtiti lege deferatur. Partibus auditis, ſenatus cenſuit amplius deliberandum, addixitque interim mobilium partem dimidiam viduæ mulieri, vindiciario decreto in publica fori concertatione, 16 Kalend. Febr. anno 1585, Chauvelino pro appellante vidua & Roberto pro hærede, J. Quinceo dicentibus; at ſemi-anno poſt actrix obtinuit ſupremo curiæ judicio, moventiaque ei adjudicata omnia cum oneribus Turonum lege preſcriptis, pridie nonas quintiles ann. 1585: optime hercle cùm ſtatuarium illud ſuperſtitis conjugis lucrum pendeat ab ancipiti, & dubio fatorum eventu cum mutua, ac reciproca conjugum ſpe, quæ ab hoc genere emolumenti invidiam omnem amolitur: mobilium item commodum proxime conjunctum habet illa bonorum communicatio viri & uxoris, quam non modo conjuges ex Turonum ritu ſtipulati erant, ſed variæ etiam Gallorum Provinciæ velut indigenam legem amplexi ſunt; quin immo de tali fortunarum ſocietate extat Ripuaria Lex iſtæc, vidua tertiam partem de omni re quam ſimul conlaboraverunt, ſibi ſtudeat evindicare, vel quidquid ei in Morganghcba traditum fuerat, tit. de dot. mulierum; uberius adhuc Saxonum lege mulieri proſpectum eſt hoc verborum contextu, de eo quod vir & mulier ſimul conquiſierint, mulier mediam portionem accipiat, legis Saxonum, tit. 8, de acquiſitis ex lib. legis Salicæ, Alemanorum, Saxonum, &c.*

M. Denis Lebrun en ſon Traité de la Communauté, *liv. 1, ch.*

*ch.* 2, *n.* 40, dit que l'on ne peut pas changer l'établiſſement de communauté fait par le contrat ou par la Coutume, ſelon laquelle on doit partager les meubles auſſi-bien que les conquêts; & ce principe qui me paroît conforme aux regles & à la volonté préſumée des parties, fait ceſſer tout ſyſtême contraire.

Delà j'eſtimerois que ſi des conjoints nobles ſont mariés à Paris, dont la Coutume donne en l'*art.* 238, un certain préciput légal au ſurvivant, & qu'ils aillent demeurer ailleurs où pareil préciput n'a pas lieu, ils ne le perdront pas pour cela, comme ils ne l'acquerroient pas, ſi étant mariés dans une Coutume qui ne le donne pas, ils venoient demeurer à Paris, & cela, parce que je regarde ce préciput comme une ſuite & une dépendance de la communauté Pariſienne.

Je ſais bien que Bacquet, *ch.* 21 des Droits de Juſtice, *n.* 75, eſt d'avis contraire, & qu'il eſtime que ſi des conjoints même roturiers, mariés à Paris & en communauté de biens, y ayant longuement demeuré, transferent leur domicile ailleurs, & vont demeurer en Barrois, où le ſurvivant des conjoints noble ou roturier gagne tous les meubles, ſuivant l'*art.* 122, ils appartiendront au ſurvivant d'eux; mais cette déciſion changeroit l'établiſſement de la communauté qui doit être régie par la Coutume de Paris, & qui ne donne pas indiſtinctement à tous les conjoints étant en communauté, mais aux nobles ſeulement, le préciput de l'*art.* 238; & la déciſion de Bacquet ne pourroit avoir lieu qu'autant que dans la Coutume de Bar, il ſeroit vrai de dire que les meubles ſont déférés au ſurvivant des conjoints, non pas à titre de communauté, mais à quelque autre titre qui auroit ſes regles différentes, & que j'examinerai ci-après.

Je me ſuis expliqué aſſez amplement en mes Diſſertations mixtes, *Queſt.* 19, *pag.* 378, ſur cette queſtion particuliere de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, & depuis j'ai trouvé dans un traité intitulé, *Traité des Minorités*, imprimé en 1714, chez Cochard, *pag.* 248, deux Arrêts rapportés par l'Auteur, conformes à ce que je viens de dire. Voici comme il parle. « Ce » gain de ſurvie de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, ſe regle » comme la communauté, par la Coutume où les conjoints no- » bles ont été mariés, quoique les conjoints euſſent transféré » leur domicile. » Arrêt du 5 Mai 1710, en la troiſieme des Enquêtes, au rapport de M. de la Guillaumie, conforme à un au-

tre qui avoit été rendu en la Grand'Chambre, au rapport de M. l'Eſcalopier, le 20 Août 1706, & à l'ancienne Juriſprudence des Arrêts. Voyez le Maître ſur Paris.

Il eſt vrai que ceux qui combattent cette déciſion particuliere, prétendent que le préciput légal de l'article 238 de la Coutume de Paris, eſt déféré au ſurvivant, comme droit ſucceſſif; ce qu'ils établiſſent par pluſieurs raiſons.

La premiere, que ce droit non-ſeulement n'eſt ouvert qu'après le décès de l'un des conjoints, mais même qu'il n'eſt acquis, ni formé que dans ce temps, de même que les ſucceſſions.

La ſeconde, qu'à ce préciput eſt attaché la charge de payer les dettes mobiliaires du défunt, qui eſt une charge naturellement attachée au droit de ſuccéder.

Enfin, qu'il en eſt de même de la charge de payer les obſeques & funérailles du défunt.

Mais il me ſemble qu'on peut répondre à tous ces arguments, par cette ſeule obſervation, que le gain de ſurvie n'eſt accordé qu'aux conjoints qui ſont en communauté, & qu'il ne ſe prend que ſur les effets de cette même communauté.

Mais cette déciſion n'auroit pas lieu dans toutes les Coutumes, même celles qui admettent la communauté entre conjoints, & qui leur donnent ce droit de ſurvie, lorſque ces Coutumes ne le donnent pas comme ſuite & dépendance de communauté.

La Coutume de Poitou, par exemple, admet la communauté, & accorde au ſurvivant des conjoints nobles, la totalité des meubles, & néanmoins les Commentateurs de cette Coutume décident ſur les *art.* 227 & 238, que ce droit eſt un privilege qui n'eſt pas donné *ratione communionis, ſed nobilitatis, quæ nobilitas eſt precipua & eſſentialis cauſa hujus privilegii;* d'où ils concluent que les conjoints ſéparés de biens pendant leur mariage, peuvent profiter de ce privilege.

Mais ſi cela eſt, il doit être indifférent, dans cette Coutume, de ſavoir où le mariage a été célébré, ſi c'eſt avec, ou ſans communauté; il ſuffit d'être revêtu de la qualité de noble, & que les conjoints aient établi leur domicile au jour du décès du premier décédé de l'un d'eux, dans les lieux qui accordent ce privilege.

Auſſi Conſtant ſur l'*art.* 228, n'exige le domicile dans les

lieux marqués, *art.* 227 & 228, que *tempore mortis : dummodo*, dit-il, *tempore mortis maritus habeat domicilium in urbe Pictavienſi, aut alio loco gaudente eodem privilegio.*

Quoi qu'il en ſoit, mon principe reſte intact : lorſque les gains de ſurvie qui ſont en meubles, ſont des ſuites de la communauté, & accordés aux conjoints, comme conjoints & comme communs, ils ſe reglent par la Loi même qui regle la communauté ; ce qui me ſuffit, n'ayant intention que de traiter des principes généraux des gains de ſurvie.

Notre Auteur, *ch.* 4 de la 2^e^ partie du *titre* 2, a agité une queſtion aſſez ſemblable d'un droit d'ameublement, accordé par la Loi d'Utrecht au ſurvivant des conjoints ; & il l'accorde indifféremment au ſurvivant, y ayant eu changement de domicile pendant le mariage, parce que, dit-il, ce gain n'eſt pas une dépendance de la communauté, mais eſt accordé, par la Loi d'Utrecht, à tous conjoints qui y ſont domiciliés.

Examinons préſentement la queſtion par rapport aux gains réels accordés ſur des immeubles conquêts. J'eſtimerois encore, toujours par une ſuite & un enchaînement de principes, qu'il faudroit ſuivre la Loi du domicile matrimonial, parce que c'eſt elle qui regle la communauté & les droits des conjoints dans icelle, & qu'ils peuvent, comme conjoints & comme communs, exiger ſur les biens qu'ils acquierent enſemble, tout ce que la Coutume qui regle leur communauté, leur donne en ces qualités ; mais auſſi ils ne peuvent rien demander au-delà : la raiſon en eſt, que ces biens ſont frappés au coin de la communauté & font maſſe de cette communauté, qui en cette occaſion n'eſt régie que par une même Loi. Et pareille queſtion s'étant préſentée dans la ſucceſſion de M. le Marquis de Louvois, Miniſtre de la Guerre, marié à Paris avec dérogation à toute autre Coutume, pour un uſufruit ſur conquêts du Maine, que ſa veuve prétendoit, l'affaire miſe en arbitrage, & les Arbitres ayant paru peu diſpoſés pour la prétention de Madame de Louvois, elle s'en déſiſta. M. Froland, *t.* 1, *pag.* 438, de ſes Mémoires ſur les Statuts.

Pallu, ſur l'*art.* 247 de la Coutume de Touraine, veut que ſi des conjoints ont contracté mariage à Paris, où le ſurvivant n'a la propriété & ne jouit que de ſa moitié des

acquêts, néanmoins, s'ils ont fait des acquiſitions en Touraine, le ſurvivant en jouira, ſuivant l'*art.* 319 de cette Coutume, ſavoir, de moitié en propriété, & de l'autre moitié par uſufruit; mais l'on a vu ci-devant que l'on ne peut pas, en cette partie, compter ſur cet Auteur, qui varie dans ſes réſolutions.

Pour ſauver la déciſion de Pallu, il faudroit dire que dans la Coutume de Touraine, les droits de ſurvie ſur les conquêts immeubles de la communauté, ſont accordés à titre ſucceſſif, l'*art.* 319 de cette Coutume qui donne ces droits, étant ſous le titre des ſucceſſions; mais Pallu lui-même donne à entendre que cette jouiſſance eſt accordée *jure collaborationis*.

Il faut néanmoins convenir qu'on prétend que par l'Arrêt de Bence du 7 Septembre 1695, rendu en la ſeconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Lucas de Meun, on a jugé que le mari, marié à Paris avec communauté & ſoumiſſion à la Coutume de Paris, devoit jouir par uſufruit à titre de viduité, à l'excluſion de ſon fils, de la part que ſa femme avoit eue en propriété dans les conquêts par lui faits, conſtant leur mariage, & ſis en Normandie; mais, à l'occaſion de cet Arrêt, il faut voir la Diſſertation ci-après, faiſant partie de la préſente Obſervation 38, où l'on trouvera quelle eſt la ſorte de biens ſitués en Normandie ſur leſquels le droit de viduité peut être exercé, & quelles ſont les réflexions dont cet Arrêt eſt ſuſceptible.

Je conclurai donc de tout ce que je viens de dire, que, ni le changement de domicile, ni les différentes Loix de la ſituation des biens acquis pendant la communauté, ne ſauroient augmenter, ni diminuer les gains, ſoit en meubles, ſoit en immeubles accordés aux conjoints en qualité de communs; & que ſi la Coutume du domicile matrimonial donne, à raiſon de la communauté, certains droits ſur les conquêts, ou ſi, au contraire, elle ne les donne pas, c'eſt inutilement que les conjoints acquierent dans une Coutume plutôt que dans une autre, que c'eſt inutilement auſſi qu'ils changent de domicile, parce qu'en ce qui eſt de la communauté, elle eſt totalement régie par la Loi du domicile matrimonial.

Tout ce que j'ai dit ci-devant, ſoit par rapport à la dot, ſoit par rapport à la communauté, ſe réduit à un principe

dominant, qui eſt que c'eſt le domicile matrimonial qu'il faut principalement enviſager, quand les Parties ne ſe ſont pas ſoumiſes à d'autres Loix, & cela eſt ſans exception par rapport aux droits que peut donner la communauté dans les biens à acquérir ; car dans quelques endroits que ces acquiſitions ſoient ſituées, & de quelque nature qu'elles puiſſent être, les conjoints y auront toujours les portions & les droits, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, que leur donne la Loi du domicile matrimonial.

Dans mes Queſtions ſur les démiſſions de biens, *queſtion 6*, *pag.* 159, 160 & 161, j'ai dit, quant aux gains de ſurvie dont il s'agit, ſoit en meubles, ſoit en immeubles, ce que je dis aujourd'hui.

Mais en parlant en particulier des gains de ſurvie accordés en immeubles ſur les conquêts & choſes réputées conquêts, après avoir dit qu'il falloit s'en tenir à la Loi du domicile matrimonial, & après avoir fait l'application de ce principe, j'ai dit que la femme auroit l'uſufruit des conquêts, *in vim Legis & taciti pacti ;* ce que j'ai dit vis-à-vis les Coutumes qui accordent un uſufruit, qui eſt l'avantage le plus ordinaire de nos Coutumes, Coutumes que j'avois pour lors principalement en vue ; & c'eſt à cette occaſion que M. le P. Bouhier, *ch.* 26, *n.* 64, dit qu'il ne ſait ſur quoi cet uſufruit eſt fondé. Ce Magiſtrat, qui penſe d'ailleurs comme moi ſur la queſtion en elle-même, a cru, en s'arrêtant au terme *uſufruit*, que je voulois réduire les conjoints à un ſimple uſufruit, encore que la Loi du domicile matrimonial leur donnât la propriété, ou portion de la propriété.

Mais après ces termes, *aura l'uſufruit*, qui ſe liſent au milieu de la page 161, en ajoutant ceux-ci que le ſens de la déciſion exige naturellement, *ou la propriété*, ſelon que la Loi du domicile matrimonial *donnera l'un ou l'autre*, on trouvera que j'ai raiſonné par ſuite de principes.

Il eſt des peuples qui, à l'occaſion du mariage, ont eu des idées aſſez ſingulieres : le mari doit être le chef & le maître, ſa femme doit être dans ſa dépendance & ſous ſon obéiſſance ; ils en ont conclu qu'elle tomboit en quelque maniere dans le domaine abſolu du mari, & que tout ce qui lui appartenoit en meubles ou immeubles, enſemble tout ce qui lui étoit advenu & acquis pendant le mariage, y tomboit par ſuite & par

conſéquence : c'eſt ce que dit expreſſément Groénevegen, *de Legib. abrogatis, tit.* 8, *lib.* 2°. *Inſtit. marito pro jure poteſtatis quam maximam habet in uxorem, licet res ejus alienare & obligare, etiam invitâ & reluctante uxore, quia bonum eſt mulierem quæ ſe ipſam marito committit, res etiam ejuſdem pati arbitrio gubernari.* Quelques Coutumes ont voulu que cela ne pût avoir lieu que lorſqu'il n'y avoit pas de paction ou proviſion au contraire, & d'ailleurs que ce domaine & cette autorité ne pouvoient ſubſiſter qu'autant que le mari vivoit & ſurvivoit; mais s'il meurt ſans enfants, la femme pour lors qui devient libre & indépendante, quant à ſa perſonne, devient en outre, par droit de ſurvie, maîtreſſe des biens à ſon tour; & après avoir géré & adminiſtré ſous les ordres & ſous la puiſſance de ſon mari, elle devient elle-même propriétaire en chef des biens dont elle n'avoit que la geſtion ſubordonnée, & ce, par droit de mainplevie, *ceſſant ès convenances ou diſpoſition, même pendant le mariage.* Telles ſont les loix des Liégeois, *chap.* 1, *art.* 1, *& art.* 13, *chap.* 11, de la Coutume de cette Province.

On prétend que ce droit de mainplevie vient du droit de puiſſance & d'autorité que le mari a ſur ſa femme, à l'exemple de ce qui ſe pratiquoit chez les Romains. *Cùm mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt, dotis nomine*, Méan, en ſes Obſervations, *part.* 1, *ch.* 55. Mais cette raiſon ne nous apprend point pourquoi, lorſque le mari vient à mourir ſans enfants, la femme à ſon tour retient le tout, même les biens de ſon mari.

Il faut donc ajouter, que dans l'ancien droit Romain les conjoints qui ſe marioient *per coemptionem*, devenoient dès ce moment héritiers ſiens, *ſui hæredes*, l'un de l'autre. Le mari, outre le droit de puiſſance qu'il acquéroit ſur la perſonne & ſur les biens de ſa femme, en devenoit l'héritier; & réciproquement la femme devenoit *ſuus hæres viro*, *Cujas*, *lib.* 7. *Si Tabul. Teſtam. lib.* 29, *Quæſt. Papin. pag.* 801, *& Sigonius*, *de Antiq. jure civium Roman. lib.* 1, *cap.* 9, *Dion. Halicarn. Antiq. Roman. lib.* 2, *cap.* 26. En ſorte qu'il ſemble que cet ancien droit Romain ait paſſé dans la Coutume de Liege. Le mari devient propriétaire des biens de ſa femme, & la femme, ſi elle ſurvit ſans enfants, devient propriétaire des biens de ſon mari; ils ſont en quelque maniere *ſui hæredes* l'un de l'autre. Tel eſt l'effet de la mainplevie & de la foi

qu'ils ſe jurent en ſe ſerrant la main, *manus plicata*. Et voici, ſelon moi, quelles ont pu être les vues du Légiſlateur : ces deux mains ſerrées enſemble étoient le ſymbole du concours du mari & de la femme, dans l'adminiſtration de la ſociété qu'ils contractoient. Mais comme la main du mari eſt toujours la plus forte & la plus capable d'agir, & celle qui ſerre & embraſſe plus étroitement, auſſi l'autorité & la puiſſance ſur toute cette ſociété lui étoit attribuée ; & delà le droit du mari ſur la femme & ſur ſes biens : mais quand cette main puiſſante & maîtreſſe venoit à manquer, l'autre qui concouroit, ſoutenoit ſeule, & pour lors ſerroit & embraſſoit le tout ; & delà le droit de la femme ſurvivante ſur les biens mêmes de ſon mari, quand il n'y avoit point d'enfants. Et je pencherois pour cette derniere raiſon plutôt que pour l'autorité maritale, puiſque le droit de mainplevie eſt pour la femme comme pour le mari, ſous les modifications portées par la Coutume.

Or quelle loi ſuivra-t-on, ſi le domicile matrimonial des conjoints eſt à Liege, & que les biens ſoient ſitués à Utrecht ou ailleurs, ou que les conjoints aient leur domicile matrimonial à Utrecht, & que leurs biens ſoient ſitués à Liege ?

On voit par cette queſtion particuliere de quelle importance eſt la déciſion de la queſtion générale ; quelle eſt la loi qu'il faut ſuivre en fait de gains de ſurvie, quand les différentes loix de la ſituation donnent différents gains de ſurvie en nature d'immeubles.

Hertius, *de colliſione legum*, *n.* 44, en agite la queſtion, entre la Coutume de Liege, qu'il ſuppoſe être celle de la ſituation des biens, & celle d'Utrecht, qu'il ſuppoſe être celle du domicile matrimonial, & qui n'accorde pas les mêmes droits ; & il ſe détermine par le moyen tiré de la convention préſumée. *Apud Leodienſes obtinet jus quod vocant*, le droit de mainplevie. *Cujus vi maritus per matrimonium acquirit dominium cujuſcumque generis bonorum omnium uxoris. Jam quæritur an maritus Trajectenſis jure connubii lucretur bona defunctæ uxoris in provincia Leodienſi ſita, rectè hoc negavit. Carol. de Mean, Obſ. & reb. Jud. ad jus Leod.* 55, *n.* 14 *& ſeq. & Obſ.* 356. La raiſon qu'il en apporte eſt que *licèt hoc jus ſit in rem ſcriptum, tamen pactum contrarium non excludit.* Or la Coutume de Liege permet effectivement de faire paction,

ou proviſion au contraire ; mais dans l'eſpece de Hertius, il n'en peut appercevoir d'autre que la ſoumiſſion à la loi où le mariage a été célébré. Je ne ſais ſi je pénetre bien les raiſons de Hertius, qui me paroiſſent un peu enveloppées, & je crois que voici ſon ſyſtême.

Le droit que le mari ſurvivant a ſur les biens de ſa femme, dans le pays Liégeois, eſt une ſuite de cette puiſſance abſolue que la loi lui donne ſur ſa femme ; mais l'on peut par paction & convenance prévenir ce droit. Or une femme d'Utrecht, qui n'eſt pas ſous cette puiſſance abſolue de la Coutume de Liege, eſt préſumée contracter ſuivant les loix de ſa nation, & vouloir que ſes biens aillent après elle à ceux à qui les loix les donnent, & ce à l'*inſtar* de celui qui meurt *ab inteſtat*, & qui ne faiſant pas de teſtament formel, eſt néanmoins préſumé en faire un tacite, & vouloir que ſa ſucceſſion ſoit partagée *ab inteſtat*. Voici comme s'eſt exprimé Hertius, après ce que nous venons de citer. *Jam verò ſucceſſio eſt teſtamentum tacitum ex conjectura voluntatis, & cùm uxor Trajecti non implicatur manu, ſeu poteſtate abſolutâ mariti, ecquis credat ſecundùm illud, & non ſecundùm jus patriæ ſucceſſionem voluiſſe definiri.*

Ainſi s'il eſt vrai, comme le penſe Hertius, que dans la Coutume de Liege, où les conjoints ne ſont pas domiciliés, & où ils ne contractent pas, on puiſſe y admettre la convention préſumée, relative à la diſpoſition de la Coutume du domicile matrimonial, il n'y auroit pas de difficulté que dans l'eſpece d'un homme marié dans une Coutume, telle que celle de Liege, où toutes pactions & conventions ſont admiſſibles, il faudroit préférer l'avis de M. Ch. du Molin, & celui de Hertius, à celui de d'Argentré & de Burgundus. Mais c'eſt là le point de la difficulté ; car ſi en cette occaſion on admet ce ſyſtême de convention préſumée, toutes les diſpoſitions de la Coutume du domicile matrimonial vont paſſer en force de convention, & j'ai déja fait voir que ce ſyſtême ne pouvoit s'admettre dans une auſſi grande Généralité.

La déciſion de cette queſtion me paroît dépendre de celle de ſavoir, ſi la Coutume de Liege & celle d'Utrecht ſont perſonnelles ou réelles.

Or dans les queſtions de la communauté que nous avons agitées ci-devant, nous avons dit que les ſtatuts qui régloient la

la ſociété d'entre conjoints, régloient leur état perſonnel ; & cela ſe fait ſentir dans la Coutume de Liege plus que dans toute autre.

En effet, quant au mari, cette Coutume ne lui accorde pas ſimplement un gain particulier ſur la dot de la femme, mais elle regle l'état général & univerſel de la femme, en la faiſant tellement tomber dans la dépendance du mari, qu'elle eſt comme abſorbée, elle & ſes biens ; ſa perſonne & ſes biens paſſent dans le plein & univerſel pouvoir du mari.

Quant à la femme, on peut dire que cette Coutume la met dans une ſociété générale avec ſon mari, dont ce dernier eſt à la vérité le maître abſolu pendant le mariage ; mais ſi l'un des deux meurt, ou il y a enfants, ou il n'y en a pas.

S'il y a enfants, le ſurvivant, ſoit pere ou mere, eſt réduit à un uſufruit des immeubles, outre la propriété des meubles, crédits & actions perſonnelles, ſuivant l'*art.* 15 *du ch.* 11.

Que s'il n'y a pas d'enfants, en ce cas ou c'eſt le mari qui ſurvit, & il continue le domaine & la propriété qu'il a ſuivant l'*art.* 1 *du ch.* 1, ou c'eſt la femme, & elle emporte réciproquement tout, fors les fiefs, à l'occaſion deſquels la Coutume a des diſpoſitions particulieres, *ch.* 13, *art.* 5, 6 & 7.

Il faudra dire que les conjoints de la Coutume d'Utrecht ayant, par convention préſumée, voulu que leur état fût de n'être en ſociété que par rapport aux biens qu'ils acquerroient pendant leur mariage, ils portent cet état de convention dans la Coutume de Liege, & que le ſurvivant n'aura pas tous les biens du prédécédé, mais ſeulement ceux acquis pendant le mariage, & n'en profitera que dans les termes de la Coutume d'Utrecht, à raiſon de leur convention préſumée, relative à la Coutume d'Utrecht.

Mais delà il ne s'enſuivra pas que les conjoints mariés dans la Coutume de Liege, & qui, de convention préſumée, ſont en ſociété univerſelle de biens, auront tous les biens ſitués à Utrecht, ſi la Coutume d'Utrecht eſt prohibitive d'une diſpoſition auſſi ample & auſſi univerſelle ; en ſorte que les conjoints ne portant dans la Coutume de Liege leur état que par rapport aux biens de libre diſpoſition, les biens prohibés ſe trouvent être régis par des diſpoſitions réelles.

*Droits de ſurvie appartenants aux Conjoints à raiſon du Douaire.*

J'ai traité les queſtions qui tombent ſous ce titre. *Obſerv.* 37.

*Droits appartenants aux conjoints en toute autre qualité que celle de conjoints, quoique acceſſoires à celle de conjoints.*

J'ai obſervé ci-devant que ces droits ſont ordinairement ceux qui ſont accordés aux peres & meres, & ils conſiſtent, ou en droits de Garde Noble ou Bourgeoiſe, ou en droits de puiſſance paternelle & en droits accordés aux peres & meres en leur ſeule qualité de peres, ou en droits accordés à titre ſucceſſif.

Quant aux droits de Garde Noble ou Bourgeoiſe, ils vont avoir leur Diſſertation, *Obſervat.* 39.

Quant à ceux de puiſſance paternelle, j'en ai traité, *Obſervat.* 32; en ſorte que je me renfermerai ici à traiter de ceux accordés à titre héréditaire, & de ceux accordés à la ſeule qualité de pere.

*Droits de ſurvie accordés à titre héréditaire.*

Par rapport aux droits accordés à titre héréditaire, je diſtinguerai, comme ci-devant, entre ceux qui ſont à prendre en meubles, & ceux qui ſont à prendre en immeubles.

Quant à ceux qui ſont à prendre en meubles, je ne fais pas de difficulté que c'eſt le domicile actuel qu'il faut ſuivre, parce que la Loi du domicile, inconteſtablement, a droit de régler la ſucceſſion mobiliaire d'une perſonne qui décede domiciliée dans l'étendue de cette Loi; & c'eſt pour ce cas que j'adopte ce que dit Pallu ſur l'*art.* 247 de la Coutume de Tours: *Hoc pendet ab ancipiti, & dubio fatorum eventu;* en ce que les conjoints ſont toujours les maîtres de ſe choiſir un domicile, & que, par rapport à ces gains, ils n'ont aucun droit commencé.

C'eſt par ce principe que M. Lebrun, en ſon Traité de la communauté, *L.* 3. *ch.* 2, *ſect.* 1, *diſtinct.* 4, 11, 23, ayant cru que le préciput légal de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, étoit

déféré à titre de droit héréditaire, a décidé que ce préciput ſe régloit par le domicile à Paris, au moment du décès de celui des conjoints qui prédécede.

Mais ce que nous venons de dire ſouffre une exception, à ſavoir le cas de la fraude, qui eſt toujours à excepter, principalement entre conjoints; & ce ſeroit fraude, ſi lors du tranſport du domicile, l'un des deux conjoints étoit affecté d'une maladie dont indubitablement il dût bientôt décéder; mais il en ſeroit autrement ſi, avec un changement effectif de domicile, il y avoit des raiſons de convenance, comme d'aller vivre dans l'air natal, d'aller rejoindre ſes parents, pour, dans un état de maladie habituelle, trouver avec eux les douceurs du ſecours, de l'amitié, de la ſociété, &c.

Généralement parlant, quand un homme infirme & valétudinaire change de domicile, & que ce changement n'influe que ſur ſes héritiers, en ce que ce changement donne à l'un & ôte à l'autre, j'aurois de la peine à préſumer de la fraude, parce que cet homme, tout infirme & valétudinaire qu'il eſt, n'a pas perdu la liberté de vendre, d'aliéner & de changer la nature de ſes biens, & par conſéquent celle de changer, par une tranſlation de domicile, l'ordre de ſa ſucceſſion: j'en excepte le cas où il ſeroit ſi proche de la mort, & dans un état ſi déſeſpéré, que l'on ne pourroit pas raiſonnablement lui préſuppoſer une vraie intention de changer de domicile, & tout cela, comme l'on voit, dépend des circonſtances.

Hors le cas de la fraude, les conjoints, par un changement de domicile, peuvent donc profiter des droits mobiliers ſucceſſifs que les Coutumes du domicile actuel peuvent accorder au ſurvivant d'eux.

La Coutume locale de Montpenſier en Auvergne, ſembleroit, en ne s'attachant qu'aux termes, être du nombre de celles qui déferent la moitié des meubles au ſurvivant des conjoints à titre héréditaire: *gagne & eſt héritier*, *gagne & hérite*, dit cette Coutume en pluſieurs articles, & *eſt ſaiſi & vêtu*, & *peut intenter* le *poſſeſſoire*, ainſi que les enfants & héritiers; d'où il faudroit conclure que des conjoints venant demeurer à Montpenſier depuis leur mariage, & l'un d'eux y décédant, le ſurvivant devroit avoir en propriété la moitié des meubles du prédécédé.

Cependant nous avons fait mention ci-devant de l'Arrêt du 23 Mai 1572, qui a jugé que ce gain n'étoit pas héréditaire, puiſqu'il a été réglé par la Loi du domicile matrimonial.

Que ſi ces gains de ſurvie déférés à titre ſucceſſif, étoient à prendre en immeubles, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, dans cet autre cas, c'eſt la Loi de la ſituation qu'il faut ſuivre, parce qu'il n'y a rien de plus réel que les Loix qui reglent les ſucceſſions.

C'eſt ainſi que ſi les conquêts ſont ſitués en la Coutume de Paris, les pere ou mere, aïeul ou aïeule ſuccédants à leurs enfants, jouiront par uſufruit, leur vie durant, de la moitié des conquêts advenus auxdits enfants par le trépas de celui des conjoints qui a prédécédé, au cas qu'il n'y ait aucun deſcendant de l'acquéreur, ſuivant l'*art.* 230 : jouiſſance qu'ils n'auroient pas, quoique mariés & domiciliés à Paris, ſi les conquêts étoient ſitués dans une Coutume qui ne la donneroit pas ; mais auſſi qu'ils auroient à Paris, quoique mariés ailleurs, pourvu qu'ils euſſent été acquis en Communauté.

Voici une eſpece ſur laquelle a été donnée une déciſion aſſez remarquable en fait de gains nuptiaux.

Titius domicilié en France dans une Coutume de communauté, ſe marie avec Sempronia, domiciliée à Namur, & il en adopte les Loix.

Par leur contrat de mariage, les pere & mere de Sempronia ſtipulent qu'elle partagera, après leur décès, également avec les autres enfants.

Sempronia prédécede ſon mari, ayant ſes pere & mere qui décedent enſuite (le mari toujours ſurvivant) & ces deux ſucceſſions ſont compoſées de fonds ſitués à Namur.

On demande comment ſe réglera la ſucceſſion des pere & mere de Sempronia ?

L'objet de cette queſtion eſt de ſavoir ſi les pere & mere de Sempronia étant décédés depuis elle, Titius toujours ſurvivant, doit, dans la Coutume de Namur, jouir de ces ſucceſſions échues depuis le décès de ſa femme, comme il en auroit joui ſi elle eût ſurvécu ſes pere & mere.

L'on agite cette queſtion, non pas comme une queſtion mixte, mais pour faire connoître une déciſion dans cette Coutume.

Dans notre Droit François, la convention que la future partagera également la ſucceſſion de ſes pere & mere, après leur décès, avec leurs autres enfants, ne donne à la future qu'une ſimple eſpérance, & pour en profiter, il faut qu'elle ſurvive ; mais juſques-là elle n'a aucun droit de propriété, & l'on ne peut pas dire qu'elle apporte des fonds réels & effectifs : elle n'apporte qu'une ſimple eſpérance.

Quand donc la future prédécede ſes pere & mere, ſon eſpérance à la ſucceſſion eſt perdue & éteinte, les morts ne ſuccedent pas ; & c'eſt ici un droit de ſucceſſion qui eſt réſervé par la clauſe, qui ne peut opérer que par la ſurvie.

C'eſt pourquoi, dans le cas de prédécès de la future, ſes enfants, quand elle en laiſſe, ne viennent pas à la ſucceſſion de leurs aïeux, comme héritiers de leur mere ; mais ils y viennent, *jure ſuo*, par repréſentation où elle a lieu, & où la repréſentation n'a pas lieu, ils y viennent par concomitance & comme appellés par la clauſe, en cas de prédécès de leur mere. Lebrun, des ſucceſſions, *Livre 3, ch. 2, n. 33*, de l'édition de 1692.

La Coutume de Namur, en l'*art.* 75, porte, » que quand deux » conjoints apporteront biens réels en mariage, & l'un deſ- » dits conjoints termine vie par mort, délaiſſant enfants pro- » créés d'eux, la propriété des biens ſuccédera & ſe dévo- » luera ( par & incontinent ledit trépas ) auxdits enfants, » ſauf au ſurvivant ſon uſufruit en iceux. «

Cet article a fait naître la queſtion de ſavoir, ſi le mari ſurvivant ſa femme, & les pere & mere de ſa femme, devoit comme ſurvivant, avoir l'uſufruit des ſucceſſions des pere & mere, au préjudice de ſes enfants.

Il ſembleroit que cet article ne devroit s'entendre que des biens réellement apportés en mariage, ou ſi l'on veut encore, de ceux qui peuvent échoir pendant le mariage, & dont le mari & la femme ont joui pendant icelui, & nullement de ceux apportés ſeulement en ſimple eſpérance. Cependant dans le Conſeil de Namur on a jugé que cet article devoit s'entendre des biens dont le conjoint n'avoit qu'une ſimple eſpérance, ſuivant la conſultation que voici.

» Les ſouſſignés Avocats au Conſeil Provincial de Sa Majeſté » l'Impératrice & Reine, ordonné à Namur, après avoir » murement délibéré enſemble ſur toutes les circonſtances du

» cas y propoſé, ſont d'avis, que non-ſeulement, lorſqu'il a » été ſtipulé par pere & mere en faveur de leur fille, par » traité de mariage, qu'icelle viendra après leur mort au par- » tage de leurs biens également avec ſes autres freres & ſœurs, » au deſſus de ſa dot ; mais auſſi dans le cas que la ſucceſſion » de leurſdits pere & mere tomberoit inteſtat, nonobſtant » qu'en l'un & l'autre des cas elle auroit prémourue ſes pere » mere en laiſſant des enfants, ſon mari ſurvivant a droit de » jouir, par uſufruit en viager, des revenus des biens échus » aux enfants de ſa femme, par la mort & trépas de leur » pere & mere grands maternels, comme il en jouiroit ſuivant » les articles 75 & 76 de la Coutume de cette Province. Sadite » femme avoit atteint la ſucceſſion de ſes pere & mere, & » cela relativement au preſcrit de l'article 50 de cette même » Coutume, & à la Juriſprudence établie audit Conſeil, con- » firmée par Sentences prononcées en Jugement contradictoire, » ſignamment par celle portée le 8 Novembre 1729, ſur procès » commencé par Requête appointée du 24 Mai de la même » année, entre Nicolas-Corneille-François Mahy, Avocat audit » Conſeil, ſuppliant & demandeur, d'une part ; & la Dame » Iſabelle Chenu, ſa belle-mere, veuve de Nicolas Philbert, » Conſeiller au prédit Conſeil, reſcribente & défendereſſe, » d'autre part. Par laquelle Requête ledit demandeur con- » cluoit à répétition des revenus des biens de ſes pere & mere » grands maternels, depuis la mort du ſurvivant d'eux, à la » charge de ladite reſcribente & défendereſſe, malgré que la » mere dudit demandeur, premiere épouſe du Conſeiller Mahy, » auroit prémourue ſes pere & mere. Car il conſte dudit » procès, & des aveux y faits reſpectivement par les parties, » dont leſdits Avocats ſouſſignés ont pris pleine & entiere » lecture : Que François d'Otreppe s'eſt allié par mariage avec » Marie-Jacqueline Wols, le 30 Janvier 1667. Que de leur » mariage ils procréerent, entre autres, une fille nommée » Hélene-Eliſabeth d'Otreppe. Qu'icelle épouſa, le 6 Février » 1695, ledit Nicolas Philbert Mahy. Que ceux-ci pro- » créerent ledit Nicolas-Corneille-François Mahy. Que ladite » Hélene-Eliſabeth d'Otreppe, ſa mere, mourut le 17 Mai 1708. » Que le 10 Février 1711, ledit Nicolas-Philbert Mahy paſſa » en ſecondes noces avec la Dame Eliſabeth Chenu. Que » pendant leſdites deux noces de celui-ci, ladite Marie-

» Jacqueline Wols décéda le 21 Juin 1718, & ledit François » d'Otreppe, ſon mari, le 4 Février 1720, & finalement ledit » Nicolas-Philbert Mahy, le 27 Septembre 1727. De ſorte » que malgré que ladite Hélene-Eliſabeth d'Otreppe auroit » prémourue ſes pere & mere, & qu'elle n'auroit aucunement » atteint la ſucceſſion d'iceux, néanmoins ledit Nicolas-» Corneille Mahy a été dans ſes fins & concluſions déclaré » non fondé. Aviſé à Namur, le 29 Janvier 1754. *Signé*, » PAQUIER & CHOBERT. »

Cette Conſultation préſente une déciſion, & ne préſente pas dans un certain détail les motifs de déciſion. On cite les articles 75 & 76; mais ces articles ne peuvent être appliqués à notre queſtion que par des raiſonnements amenés de très-loin.

En effet, ces articles ne parlent que des biens réels que les conjoints apporteront en mariage. Mais appelle-t-on des biens réels, une ſimple eſpérance purement conditionnelle, & dont la condition manque?

Ces articles veulent encore, que quand l'un des conjoints termine vie par mort, délaiſſant enfants procréés d'eux, la propriété des biens ſuccédera & ſe dévolura (par & incontinent ledit trépas avenu) auxdits enfants, ſauf au ſurvivant ſon uſufruit en iceux.

Ces termes, la propriété des biens *ſuccédera* & ſe dévolura, ont leur relation aux biens tant du ſurvivant que du prédécédé. Le terme *ſuccédera*, s'applique aux biens du prédécédé; & ceux-ci *& ſe dévolura*, ſont pour les biens du ſurvivant. On ſait ce que c'eſt que le droit particulier de dévolution dans pluſieurs Coutumes; mais cet article définit-il notre queſtion, qui ne tombe que ſur des biens en eſpérance, & non pas ſur des biens réellement apportés? C'eſt encore un coup ce que l'on ne peut dire que par des conſéquences très-éloignées, & contraires aux principes ordinaires.

Quoi qu'il en ſoit, il paroît par la Conſultation ci-deſſus, que, ſuivant la Juriſprudence de Namur, le ſurvivant des conjoints a droit de jouir de tous les biens du prédécédé, même de ceux de ſes pere & aïeux, quand ceux-ci, après avoir ſurvécu leur enfant, viennent eux-mêmes à décéder du vivant du ſurvivant.

*Droits de ſurvie accordés à la qualité de pere veuf.*

Il en eſt de même des droits qui ſont accordés aux peres en qualité de peres gardant la viduité, encore que non héritiers de leurs enfants. S'ils ſont mobiliers, c'eſt la Loi du domicile exiſtant au jour que ces droits ſont acquis, qu'il faut ſuivre; & s'ils ſont immeubles, c'eſt la Loi de la ſituation.

C'eſt pourquoi le mari marié à Paris, & qui y eſt domicilié au jour du décès de ſa femme, aura ſur les biens ſis en Poitou, les droits que lui donnent les articles 310, 317 & 318 de cette Coutume; l'Arrêt de Bence, de 1695, ayant jugé que ces droits étoient dûs à la qualité de pere, encore que par la Loi de ſon domicile il n'eût pas ſes enfants en ſa puiſſance. Voyez l'*Obſerv.* 32.

Il aura pareillement en Normandie, ſuivant le même Arrêt, tant qu'il ſe tiendra en viduité, les droits accordés par l'*art.* 382, au mari ſurvivant ſa femme, ayant eu enfants nés vifs d'elle; il les aura pareillement en pays de Droit écrit, & en toute autre Coutume de puiſſance paternelle.

M. Froland, *pag.* 453 de ſes Mémoires ſur les Statuts, en rapporte pluſieurs déciſions par arbitrages, dans la Maiſon d'Orléans, & dans la famille de M. le Préſident de Maiſons.

Le motif en eſt, que ces droits ſont accordés au mari ſurvivant, à titre de pere gardant la viduité; & ces droits étant entiérement réels, il faut néceſſairement ſuivre la Loi de la ſituation.

L'on ne doit pas ici confondre l'*art.* 331 de la Coutume de Normandie, avec l'*art.* 382.

L'*art.* 331 n'a pour objet que de continuer au mari, à raiſon de ſa ſurvivance, la jouiſſance de la part & portion que la Coutume accorde à la femme dans les conquêts qu'il a faits pendant ſon mariage, ſoit qu'il ait eu, ſoit qu'il n'ait pas eu enfant né vif d'elle, ſoit qu'il ſe remarie, ſoit qu'il ne ſe remarie pas.

Ainſi ce droit appartient au mari ſurvivant comme une dépendance de la commune collaboration qu'il contracte avec ſa femme; & ce droit, ſuivant les regles ordinaires, me paroît devoir être régi par la Loi matrimoniale, qui conventionnellement régit les conquêts & ſe borne aux conquêts.

Mais

Mais à l'égard de l'*art.* 382, il me paroît ne conſidérer dans le mari ſurvivant, qui garde la viduité, que la ſeule paternité & ne donner la jouiſſance au mari ſurvivant que des biens particuliers de la femme, & non des conquêts. Et comme j'ai eu occaſion de traiter expreſſément cette queſtion de la Coutume de Normandie, je crois la devoir mettre ici ſous les yeux de mon Lecteur.

## DISSERTATION

*Sur cette Queſtion : comment ſe reglent les droits des domiciliés dans la Coutume de Paris, mariés dans cette Coutume, avec ſtipulation de communauté, conçue en ces termes :*

» Seront leſdits futurs époux communs en tous biens-meu-» bles & conquêts immeubles, ſuivant la Coutume de Paris, » au déſir de laquelle leur communauté ſera régie & gou-» vernée, quoiqu'ils fiſſent ci-après leur domicile, ou des » acquiſitions en d'autres Pays ou Coutumes, auxquelles, & » à toutes Loix, Ordonnances & Uſages contraires eſt ex-» preſſément dérogé & renoncé. On ſupppoſe que les conjoints » ont continué leur domicile dans la Coutume de Paris, » mais qu'ils ont acquis une terre dans la Coutume de Normandie, & l'on demande ſi le mari, qui a ſurvécu, doit jouir en uſufruit de cette terre, conformément à la Coutume de Normandie, lieu de la ſituation ; ou ſi pour régler les droits du mari ſurvivant, il faut ſuivre, dans le partage de la communauté, la Coutume de Paris, ſelon laquelle les parties ont été mariées, & à laquelle ils ſe ſont expreſſément ſoumis, pour toutes acquiſitions qu'ils feroient pendant leur mariage, ſans avoir égard aux différentes Coutumes dans leſquelles les biens ſe trouveroient ſitués.

Pour mettre la déciſion de cette queſtion importante dans tout ſon jour, il faut préliminairement expliquer pluſieurs principes généraux, pour deſcendre enſuite aux principes particuliers de la Coutume de Normandie.

Les différentes Nations ont eu différentes idées ſur l'effet de l'union conjugale, tant par rapport aux biens que les futurs conjoints poſſedent au jour de leur mariage, que par rapport à ceux qu'ils peuvent acquérir depuis, & pendant leur union.

Les uns ont cru que cette union ne conſiſtoit que dans celle des cœurs, & par cette raiſon, ils n'ont admis entre conjoints aucune ſociété de biens.

Les autres ont cru, au contraire, que l'union des cœurs emportoit avec elle une ſociété générale & univerſelle de biens.

Enfin, les autres ont pris un milieu, & ils n'ont admis une ſociété de biens que du jour que les conjoints ſe ſont mis enſemble, & que de ceux ſeulement qu'ils acquierent pendant leur union; & ceux-ci ſe ſont partagés en deux claſſes. Les uns ſe ſont contentés d'accorder aux conjoints ſurvivants une moitié égale dans les biens de la commune collaboration, ſans aucune autre prérogative; & les autres ont cru devoir, outre le moitié en propriété des biens de commune collaboration, accorder encore au ſurvivant la jouiſſance, ſa vie durant, de l'autre moitié de ces mêmes biens.

Les Nations qui ont exclu toute ſociété de biens entre conjoints, ſe ſont fondées ſur ce que le mari doit être le maître, & qu'il ne peut avoir, ni compagnon, ni aſſocié, *caput mulieris vir:* ils ont regardé la femme comme une factrice, par état & par engagement.

Les autres ont cru que le tien & le mien, ſi on les admettoit entre conjoints, ſeroient toujours une ſource de trouble & de diviſion entre eux; & quant à celles-ci, elles ont cru devoir rendre le mari ſeul propriétaire des biens de la femme, par la raiſon que la femme livrant ſa perſonne à ſon mari, devoit par une conſéquence raiſonnable, lui livrer auſſi ſon bien & l'en rendre le maître.

Enfin, les dernieres ont cru qu'à la vérité l'union conjugale n'exigeoit pas une ſociété générale; mais que la femme contribuant par ſon économie, ſes ſoins & ſa vigilance à l'acquiſition, conſervation & augmentation des biens qu'ils acquéroient enſemble, il étoit juſte de lui donner part dans la commune collaboration, & de celles-ci, quelques-unes, en accordant la propriété de la moitié au ſurvivant, lui ont encore accordé la jouiſſance de l'autre moitié, par la raiſon, que la collaboration étant en quelque maniere comme ſolidaire entre conjoints, le ſurvivant devoit jouir du tout, pour ne rien diminuer de l'aiſance dans la-

quelle les conjoints ont vécu, & ne point lui enlever les fruits de la collaboration ſolidaire, qu'il avoit eue avec ſon conjoint.

Dans nos mœurs, & dans la meilleure partie de nos Coutumes, nous avons eſtimé que le mari & la femme concourant à l'acquiſition des biens qu'ils font enſemble, il étoit naturel qu'ils partageaſſent ces biens en deux moitiés égales, & nous n'avons pas pouſſé au-delà les avantages de la commune collaboration.

Maintenant, eu égard à la diverſité des Coutumes, ſe réglera-t-on par la Loi du domicile des conjoints, ou par la Loi de la ſituation des biens ? & c'eſt ce qui a fait naître cette grande queſtion, de ſavoir, ſi le Statut de la communauté étoit perſonnel ou réel.

Il faut en convenir, tous nos anciens Auteurs ont été frappés de la vérité de ce principe, que la Loi de la ſituation devant naturellement commander aux biens qui ſont ſitués ſous ſa domination, c'étoit à cette Loi qu'il falloit s'en tenir, quant aux acquiſitions des fonds réels, que les conjoints pouvoient faire entre eux pendant la durée de leur mariage ; & à raiſon de ce, ils ſont tous demeurés d'accord, que ce Statut étoit un Statut réel : on en peut voir des preuves dans Rodenburgh, d'Argentré & quantité d'autres Auteurs.

M^e. Charles du Molin paroît être le premier qui, craignant que la Loi toute ſeule, comme Loi, ne paſſât pour Statut réel, & enviſageant la juſtice qu'il y avoit que les conjoints euſſent une Loi certaine qui réglât leur convention, & que la Loi la plus naturelle étoit celle du domicile matrimonial, ſous laquelle ils contractoient, a imaginé d'admettre dans des conjoints qui ſe marient, ſans même faire de Contrats, ni ſe ſoumettre expreſſément à la Loi du lieu où ils contractent, une convention tacite d'adopter cette Loi ; enſorte que, ſelon lui, ce Statut devient une Loi, voulue & conſentie par les parties ; ce qui le rendoit perſonnel.

Quoique M. d'Argentré ſe ſoit fort récrié, & même avec aigreur, contre ce ſyſtême de convention préſumée, il faut pourtant avouer que nous l'avons adopté dans nos mœurs ; & je ne ſais ſi, pour échapper à tous les cris de M. d'Argentré contre M^e Charles du Molin, il n'eût pas été plus court & plus convenable, ſans recourir à la préſomption d'une con-

vention & d'une soumission, dont il ne paroît aucune trace, de regarder les Statuts de la communauté & de la non-communauté, comme des Loix qui affectent les conjoints d'un état & d'une condition pure personnelle.

En effet, une Loi qui rend les conjoints associés & unis en biens d'une commune collaboration, & ce pour toute leur vie, est une Loi qui affecte les conjoints, & forme entre eux leur état & leur condition; & c'est l'idée que M. d'Olive, *Livre 3, chap.* 25 de ses Arrêts, nous présente en ses Notes, où il dit, *que la Coutume de la communauté, qui regarde la personne des mariés, les faisant & constituant associés, est personnelle.* C'est donc, suivant cet Auteur, à raison de la société, mais d'une société perpétuelle & inaltérable entre conjoints, que cette Loi est personnelle. Mæstertius, *de statutis*, demande, quelle est la nature de la Loi de Hollande, *quâ omnia conjugum bona, non solùm quoad usum, sed etiam proprietatem, communia fiunt?* & il répond: *est personale.* La raison qu'il en rend est, que *statuto individua conjunctio quæ quasi societatis species est, causam dedit.*

M. Lebrun, en son Traité des successions, titre des Réserves Coutumieres, *n.* 53, de l'édition de 1692, a nettement décidé notre question: l'*Art.* dit-il, *qui établit une communauté entre personnes mariées & domiciliées sous la Coutume, regle leur état entier, sans considérer ce qui sera la matiere de cette communauté.*

Dans ce système, je n'ai besoin, ni de convention expresse, ni de la convention présumée; je tiens de la Loi mon état & ma condition, de commun ou de non commun, comme un autre tient d'elle son état de majeur ou de mineur.

Mais raisonnons en conséquence des principes établis par M^e. Charles du Molin, & adoptés dans nos mœurs.

La communauté d'entre conjoints, est un Statut personnel; ce Statut, par sa nature, se porte par-tout, ainsi que tous les Statuts personnels, c'est l'effet de la convention tacite.

Quant à cette convention tacite, on y ajoute une convention expresse, avec dérogation à toute autre Coutume: peut-il y avoir difficulté à dire que cette convention lie les conjoints, & doit être par-tout exécutée?

Il faut ici bien remarquer que nous ne parlons que d'une convention renfermée dans des biens à acquérir: il ne s'agit pas de statuer sur des biens actuellement existants ès mains

des conjoints, mais ſur des biens qui ne leur appartiennent pas encore, & ſur leſquels ils n'ont encore aucun droit de propriété, & dont la ſituation dépend de leur pur fait pour l'avenir.

Or, par rapport à ces biens, que fait la convention, ſoit tacite, ſoit expreſſe? Elle prohibe & défend aux conjoints de rien faire au préjudice de cette convention; de ſorte que toutes les acquiſitions qu'ils peuvent faire par la ſuite, puiſſent être partagées ſuivant & conformément à la Loi à laquelle ils ſe ſont ſoumis tacitement ou expreſſément: ce ſeroit faire une fraude à la convention, s'il en étoit autrement; & les Loix ne pourroient ſe refuſer à s'élever contre cette fraude, & à ordonner l'exécution de la convention.

Tous nos Auteurs, ceux mêmes qui ont donné le plus dans la réalité du Statut de la communauté, conviennent que, quand les acquiſitions ſont faites dans des Coutumes contraires à la Loi du domicile matrimonial, il faut accorder une indemnité proportionnée au tort que ſouffre le conjoint de l'inexécution de la convention.

Mais pourquoi recourir à une idemnité? n'eſt-il pas plus juſte que toutes les Loix ſe récrient contre une fraude auſſi manifeſte, & cedent de leurs droits pour l'entiere exécution d'une convention faite de bonne foi, & conforme à la Loi qui commandoit & régiſſoit le conjoints?

Auſſi Rodenburgh ne donne pas ſeulement, dans ce cas, une action en indemnité; mais il donne une action *pro ſocio*, à ce que les effets acquis ſoient déclarés communs.

C'eſt pourquoi, dans nos mœurs, toutes les fois que la queſtion s'eſt préſentée entre des conjoints mariés en Coutumes de communauté de biens à acquérir, on n'a jamais fait de difficulté à régler ces acquiſitions par la Loi du domicile matrimonial.

Gouſſet, ſur la Coutume de Chaumont, *art. 67*, après avoir remarqué que ſi des conjoints, domiciliés dans cette Coutume, ſont en communauté de biens, *in vim hujus conſuetudinis*, & acquierent des biens hors de la Coutume, dit que tels acquêts, faits hors icelle, ſeront néanmoins communs entre eux; & il cite un Arrêt du Parlement, rendu en la troiſieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Boileau, au mois de Février 1549. Il obſerve qu'il n'en ſeroit pas de

même ſi deux conjoints par mariage, en pays de droit écrit & y demeurant, acquéroient en pays coutumier; que tels acquêts ne ſeroient communs, mais appartiendroient à celui duquel ſeroient procédés les deniers; & il cite pareillement un Arrêt du Parlement, au rapport de M. de l'Hôpital, lors Conſeiller en ladite Cour, & depuis Chancelier de France.

En 1718, la queſtion s'en étant préſentée entre Jacques de Gourlade, Officier de Panneterie chez le Roi, & Demoiſelle Marie de la Queſpierre ſa femme appellante d'un appointement prononcé en la deuxieme Chambre des Requêtes du Palais; & Demoiſelle Denis Legris, veuve de M^e. François Auger, Elu en l'Election de Giſors, tutrice de ſon fils mineur, Intimé, elle fut jugée en faveur du domicile matrimonial. Voici quelle en étoit l'eſpece.

En 1655, contrat de mariage entre François Auger & Charlotte Houller, tous deux nés dans la Coutume de Senlis, & y domiciliés au jour de leur mariage.

Dans leur contrat, nulle ſtipulation de communauté; ils continuerent leur domicile ſous la Coutume de Senlis, juſqu'en 1675.

En 1675 juſqu'en 1683, ils étoient allés demeurer à Giſors, Coutume de Normandie; depuis ils étoient revenus dans la Coutume de Senlis: étoit-ce pour y établir un domicile, ou pour affaire & par forme de ſéjour? C'eſt ſur quoi les Parties n'étoient pas d'accord.

En 1692, le mari acquit la Charge d'Elu à Giſors.

Le 5 Octobre, la femme décéda à Giſors & y fut inhumée.

Après la mort de la femme, ſes héritiers collateraux ont demandé partage de la communauté, conformément à la Coutume de Senlis, ſoit que les biens y fuſſent ſitués, ſoit qu'ils fuſſent ſitués ailleurs & même en Normandie. On oppoſoit que le contrat de mariage n'en contenoit aucune ſtipulation; on répondoit par la Coutume de Senlis, qui admet communauté entre conjoints, & dans l'étendue de laquelle les conjoints étoient domiciliés au jour de leur mariage; communauté qui, quoique légale, étoit préſomptivement conventionnelle, & s'étendoit ſur tous les meubles & acquêts, en quelques Coutumes qu'ils fuſſent ſitués. Arrêt du 8 Avril 1718, ſur les concluſions de M. Delamoignon, lors Avocat-Général, & à préſent Chancelier de France, qui met l'apple-

lation & ce au néant; émendant, évoquant le principal, ordonne que partage ſera fait des effets de la communauté, conformément à la Coutume de Senlis. On s'attacha à la Loi du domicile matrimonial, & M. l'Avocat-Général obſerva, qu'il étoit indifférent qu'il y eût contrat ſans ſtipulation de communauté, ou qu'il n'y eût point de contrat, que la queſtion devoit ſe décider par les mêmes principes, plaidant MM. Gautier pour le ſieur Gourlade, & Froland pour la veuve Legris. J'étois préſent à la Plaidoierie.

M. Froland, *pag.* 334 de ſes Mémoires, cite cet Arrêt; mais il ne croit pas qu'il doive faire une déciſion générale, & je ne ſais pourquoi.

Cet Auteur agitant les choſes, *in utramque partem*, combat aſſez volontiers, par des raiſons vagues, peu aſſorties, & de pure imagination, ce qu'il dit pour l'une & pour l'autre opinion, & rarement nous dit-il le parti pour lequel il penſe qu'on doit ſe décider; enſorte que, nonobſtant ſon incertitude dans ſa critique, je n'héſiterai pas de regarder l'Arrêt comme ayant décidé la queſtion *in terminis*.

Voilà donc un principe adopté dans nos mœurs & par la Juriſprudence des Arrêts; & c'eſt ſur ces principes que conſulté en Juillet 1759, ſur une queſtion dont les faits étoient ſemblables, à la ſeule différence, que les conjoints, domiciliés & mariés à Paris avec ſoumiſſion à cette Coutume, avoient fait des acquiſitions dans la Coutume du Maine: (cette derniere Coutume, *art.* 299, accorde, à titre de communauté & de ſociété conjugale, aux conjoints ſurvivants, l'uſufruit de tous les conquêts faits pendant le mariage) j'eſtimai qu'il falloit ſe régler par la Coutume de Paris, & que le ſurvivant ne devoit avoir, en propriété & jouiſſance, que la moitié des conquêts.

Voyons préſentement ſi ces principes peuvent avoir leur application à l'eſpece propoſée dans la préſente Diſſertation.

Les conjoints étoient, au jour de leur mariage, domiciliés à Paris: ils y ont été mariés, &, de convention expreſſe, ils ſe ſont ſoumis à la Coutume de Paris, avec dérogation à toute Coutume, en quelqu'endroit qu'ils puſſent faire des acquiſitions. Au lieu de faire ces acquiſitions dans des Coutumes qui fraterniſent, ils ont acquis une terre conſidérable dans la

Coutume de Normandie, qui n'admet point de communauté entre conjoints, & qui néanmoins donne à la femme quelque part dans les acquisitions que les conjoints font pendant leur mariage, suivant qu'ils sont situés en certains endroits, plutôt que dans d'autres. Cette diversité de Coutume doit-elle changer l'état des conjoints? Et de communs qu'ils sont, par la Coutume de leur domicile & de leur mariage, doivent-ils dès-lors devenir non-communs en Normandie, ou du moins ne prendre les conquêts que conformément à la Coutume de Normandie? La Loi de Normandie, Loi de la situation des biens, doit elle l'emporter sur la Coutume du domicile & sur la convention expresse des conjoints? Non, sans doute. Les conjoints sont communs entre eux, & de la sorte de communauté prescrite par la Loi du domicile matrimonial; & ils sont tels dans quelques Coutumes qu'ils puissent acquérir, soit à cause de la personnalité du Statut, soit à cause de la convention expresse, soit même par la crainte de la fraude & par une raison de Justice; & ces derniers motifs sont absolument décisifs, sur-tout dans les Coutumes comme Paris, où les conjoints ne peuvent directement, ni indirectement s'avantager autrement que par un don mutuel.

On nous dira, peut-être qu'à la vérité l'état des conjoints en Normandie est de n'être point communs, & que le statut personnel de la Coutume de Paris, domicile des parties, se trouvant en concurrence avec le statut personnel de la Coutume de Normandie, celui de Paris doit dans ce cas l'emporter sur celui de Normandie: mais qu'il est un autre principe, qui est que le statut personnel se trouvant en concurrence avec le statut réel, celui-ci doit l'emporter sur le statut personnel. Que la Coutume de Normandie n'admettant point une communauté, elle n'accorde au mari survivant des droits sur les conquêts, que par une disposition pure réelle; que c'est un présent particulier qu'elle lui fait sur ces sortes d'acquisitions, selon les endroits où elles sont situées, & que par conséquent ces avantages sur ces conquêts sont des avantages purement réels.

A quoi l'on répond, que la Coutume de Normandie n'est point en droit de disposer des conquêts, en tant que conquêts faits par des personnes mariées & domiciliées à Paris, & qui sont

ſont ſoumiſes à cette Coutume, ſoit tacitement, ſoit expreſſément, parce que comme conquêts, & comme biens de commune collaboration à partager comme tels, ils ne peuvent reconnoître d'autres Coutumes, que celle de la Coutume matrimoniale, quand ils n'y ont pas dérogé, encore moins quand ils s'y ſont ſoumis expreſſément comme dans notre eſpece.

Nous diſons conquêts à partager à titre de conquêts, & comme biens de commune collaboration; car ſi après le partage de ces conquêts, la Coutume de la ſituation donnoit au ſurvivant des conjoints la jouiſſance de ces mêmes conquêts à quelques autres titres, comme de garde-noble ou bourgeoiſe, de puiſſance paternelle ou même à titre de gardant la viduité, pour lors le ſurvivant pourroit faire valoir ſur les conquêts même, les droits que ces nouveaux titres lui accorderoient. Mais c'eſt ce qui mériteroit une Diſſertation particuliere, dont nous n'avons pas beſoin quant à préſent, comme on va le voir inceſſamment.

Il eſt ordinaire ſur la queſtion qui fait l'objet de la préſente Diſſertation, d'oppoſer que ce n'eſt point à titre de communauté, que la Coutume de Normandie accorde au mari la jouiſſance, tant des conquêts, que des autres biens de ſa femme; c'eſt à titre de pere ayant eu enfant né vif, & à titre d'homme veuf & gardant la viduité, & c'eſt ce qui nous reſte à éclaircir.

Examinons donc quelles peuvent être les diſpoſitions de la Coutume de Normandie.

Nous avons dans cette Coutume deux articles qui donnent des droits au mari ſurvivant, tant ſur les acquiſitions faites par le mari pendant ſon mariage, que ſur les biens dont la femme ſe trouve jouiſſante lors de ſon décès; ſavoir, l'*art.* 331 & l'*art.* 382; & il ne faut pas confondre ces deux articles.

L'article 331 porte ces termes: » Le mari doit jouir par » uſufruit, ſa vie durant, de la part que ſa femme a eue en » propriété aux conquêts par lui faits conſtant leur mariage, » encore qu'il ſe remarie. »

Cet article, qui accorde au mari ſurvivant des droits de ſurvie ſur les conquêts par lui faits conſtant le mariage, ne les lui accorde, ni à titre de pere, ni à titre de veuf gardant

la viduité ; c'eſt à titre de conquêts, & de biens de commune collaboration. Et dès lors, s'agiſſant des conquêts, en tant que ſimples conquêts, ce n'eſt plus la Coutume de Normandie qu'il faut enviſager ; parce que, ſuivant les principes qui viennent d'être établis, c'eſt à la Coutume du domicile matrimonial qu'il faut totalement ſe référer, en ce qui regarde les conquêts à partager comme conquêts.

Qu'on ne diſe pas que dans la Coutume de Normandie les conjoints, ſuivant l'*art.* 389, ne ſont pas communs en biens, ſoit meubles, ou conquêts immeubles ; qu'au contraire les femmes n'y ont rien, qu'après la mort du mari.

Il eſt toujours certain que dans cette Coutume, il y a des conquêts. Il eſt vrai que ces droits de conquêts ſont très-variés dans cette Coutume : il y a des endroits qui ne reconnoiſſent aucuns conquêts, & où la femme ne prend rien dans les acquiſitions faites par le mari.

Il y en a d'autres où elle doit prendre moitié dans les biens acquis en bourgage. Il y en a où elle prend moitié dans les biens hors bourgage, tels que dans le pays de Giſors. Il y en a où elle n'a que l'uſufruit de ces biens ; c'eſt la diſpoſition de l'*art.* 329. Mais quelque variés que ſoient ces droits dans les conquêts, il eſt toujours régulier de dire, que dans la Coutume de Normandie, il y a des conquêts, & des biens accordés à cauſe de la commune collaboration. Et d'ailleurs, indépendamment de la dénomination que cette Coutume donne aux acquiſitions faites pendant le mariage, il ſuffit qu'il ſoit vrai & évident qu'elles ſoient faites pendant le mariage, pour être conquêts vis à-vis des conjoints mariés en Coutume de communauté. Or dès que cela eſt, ces biens de commune collaboration, en tant qu'ils ſont tels, ne peuvent être régis & gouvernés que par la Loi qui régit les biens de collaboration, & par conſéquent par la Loi de la primitive communauté & ſociété, ſelon laquelle les futurs conjoints ont contracté. Par-tout où les biens de collaboration ſe trouveront, ils ſeront toujours régis par la Loi du domicile matrimonial.

Nous venons de faire voir que l'*art.* 331 ne frappoit que ſur les biens de commune collaboration, en les enviſageant comme tels, ſans autre qualité, ni condition, que parce qu'ils ſont biens de collaboration.

Mais à l'égard de l'*art.* 382, il ne peut jamais être appliqué à l'eſpece que nous agitons. Cet article n'enviſage plus les biens de collaboration ; ce n'eſt plus ſur ces biens, & comme étant de collaboration, qu'il accorde des droits de ſurvie au mari ; mais c'eſt ſur tous les biens de la femme, qui ne ſont point de collaboration, & ce, à titre de paternité, & de pere gardant la viduité. Voici les termes de cet article.

» Homme ayant eu enfant né vif de ſa femme, jouit par » uſufruit, tant qu'il ſe tient en viduité, de tout le revenu » appartenant à ſadite femme, lors de ſon décès ; encore » que l'enfant ſoit mort avant la diſſolution du mariage ; & » s'il ſe remarie, il n'en jouira que du tiers.

Cet article ne frappe pas ſur les biens de collaboration ; il ne frappe que ſur les biens dont le revenu appartient à la femme, lors de ſon décès.

Or l'on ne peut pas dire, que le revenu des biens de collaboration appartienne à la femme, lors de ſon décès, quand elle prédécede ſon mari. L'*art.* 389 le porte préciſément : il n'accorde à la femme de part dans les conquêts, qu'après le décès de ſon mari. En voici les termes.

» Les conjoints par mariage, ne ſont communs en biens, » ſoit meubles ou conquêts immeubles ; ains les femmes n'y » ont rien, qu'après la mort du mari.

Ainſi quand elle prédécede, elle n'y a point encore de part ; le revenu ne lui en appartient pas encore ; & l'*art.* 382 ne donne au mari ſurvivant, la jouiſſance que des biens dont le revenu appartenoit à ſa femme lors de ſon décès ; & la preuve de ce raiſonnement, la voici tirée des autres termes de cet *art.* 382. Cet article n'accorde au ſurvivant la jouiſſance, que ſous deux conditions, qu'il y ait eu enfant né vif, & qu'il garde la viduité ; & s'il a eu enfant né vif, & qu'il ne garde pas la viduité, il réduit pour lors la jouiſſance du tout à un tiers. Or ſi l'on étendoit cette jouiſſance ſur les biens de commune collaboration, il y auroit une contradiction manifeſte entre cet *art.* & l'*art.* 331.

En effet, l'*art.* 331, qui parle nommément des conquêts, & des biens de commune collaboration, en accorde la jouiſſance au mari ſurvivant, ſoit qu'il ait eu enfant né vif, ſoit qu'il n'en ait point eu, ſoit qu'il ſe remarie, ſoit qu'il ne ſe remarie pas ; & ce n'eſt plus dès lors à titre de pere gardant

la viduité, mais à titre de ſimple ſurvie. Et l'*art.* 382 reſtreint la jouiſſance du mari, au cas du remariage, à un tiers ; & dès lors cet article ne peut plus être entendu des biens dont l'*art.* 331 lui donne une jouiſſance complete, indéfinie, ſans condition, ni reſtriction.

Il faut donc bien diſtinguer dans la Coutume de Normandie l'*art.* 331, d'avec l'*art.* 382 ; c'eſt-à-dire, les biens particuliers, dont la femme a le revenu au jour de ſon décès, d'avec ceux qui ſont de commune collaboration. La jouiſſance de ceux appartenants à la femme lors de ſon décès, & qui ſont régis par l'*art.* 382, eſt accordée au mari, à titre de paternité & de viduité ; mais les biens de commune collaboration ſont régis par l'*art.* 331, & la jouiſſance en eſt accordée au mari, comme conquêts & biens de commune collaboration, & ſans aucune autre condition que la ſurvie ; & c'eſt ce qui fait connoître que ces biens de commune collaboration ne doivent pas être confondus avec les autres biens particuliers de la femme.

Dans l'eſpece du Mémoire, il n'eſt point dit que le mari ait eu un enfant né vif de ſa femme ; & l'*art.* 382 requiert deux choſes, la paternité & la viduité : ainſi il n'y auroit pas lieu d'accorder à ce mari aucun droit ſur les biens de commune collaboration, quand on voudroit étendre la diſpoſition de cet article. Mais quand on ſuppoſeroit un enfant né vif, il n'y auroit pas encore lieu d'accorder au mari ſurvivant, aucune jouiſſance ſur les biens de commune collaboration ; puiſque l'*art.* 382 ne lui donne aucun droit ſur ces ſortes de biens ; & il n'y auroit pas encore lieu de lui accorder cette jouiſſance, en vertu de l'*art.* 331, parce que cet article n'accorde rien qu'à titre de ſurvie, qui eſt un événement ordinaire en fait de ſociété ; événement qui ne ſauroit donner ou ôter au ſurvivant des conjoints, ce que la Coutume du domicile matrimonial lui donne ou lui refuſe.

En effet, une Coutume qui, dans le cas de ſurvivance, donne des avantages & des prérogatives ſur les conquêts, regle & diſpoſe la maniere dont le partage de la communauté doit être fait ; & il n'y a que la Coutume du domicile matrimonial qui puiſſe ainſi régler ce partage.

La raiſon en eſt ſimple : la Coutume du domicile matrimonial décide de la nature & eſpece de ſociété que contractent

les conjoints entre eux ; & arrivant la diſſolution de cette communauté, le partage qui en eſt fait dépend abſolument de ce qu'en a ordonné la Coutume, qui a établi & formé cette ſociété ; c'eſt une diſtraction de contrat, qui doit ſuivre les regles du contrat.

On cite communément, au contraire de la préſente Diſſertation, l'Arrêt de Bence, rendu en 1695. Mais quand on aura bien réfléchi ſur l'eſprit de la Coutume de Normandie, & ſur la différence qu'il y a entre les articles 331 & 382, on ſera perſuadé qu'il n'eſt pas poſſible d'embraſſer la déciſion que l'on adapte audit Arrêt. Auſſi il ne faut que ſe tranſporter au Greffe, pour être convaincu qu'il n'eſt pas tel que nos Auteurs l'ont rapporté.

Il paroît un nouveau Commentaire de la Coutume de Touraine, par M. Jacquet, Avocat au Parlement, où cette queſtion eſt propoſée, *tom. 2, pag.* 355 ; & l'Auteur l'a réſout par l'autorité de l'Arrêt du 6 Juin 1760, rendu en la Grand-Chambre, ſur les concluſions de M. de Saint-Fargeau. Voici comme il s'explique. *Dans l'eſpece, les Marquis & Marquiſe de Saſſenage, légataires de M. le Duc de Talard, demandoient l'uſufruit de la moitié échue, dans le Comté de Médavy, ſitué dans la Coutume de Normandie, acquis par les Duc & Ducheſſe de Talard, pendant leur mariage, aux héritiers de celle-ci, dans le partage de communauté, pendant le temps qu'a ſurvécu celui-là, en vertu de la diſpoſition de l'*art. 382 *de la Coutume de Normandie ; & , quoique les légataires univerſels & héritiers de la Ducheſſe de Talard aient ſoutenu qne la Coutume de Normandie étoit étrangere & ſans application à l'objet contentieux, en ce que les Duc & Ducheſſe de Talard étoient domiciliés à Paris, & avoient renoncé & dérogé à toutes autres Coutumes, Ordonnances & Uſages contraires, la Cour a adjugé l'uſufruit de la moitié, échue dans ce Comté, aux héritiers de la Ducheſſe, aux Marquis & Marquiſe de Saſſenage, légataires du Duc, pendant la vie de celui-ci.*

Cet Arrêt eſt directement contraire à la Diſſertation précédente ; mais l'on ne ſera pas fâché d'apprendre quelques anecdotes au ſujet de cet Arrêt.

La ſurveille que cet Arrêt fut rendu, M. Briquet, chargé de la cauſe pour les légataires & héritiers de la Dame de Talard, vint me demander ce que je penſois ſur ſa cauſe,

& je lui traçai en peu de mots le plan de ce que je penſois; mais il n'en put faire aucun uſage, l'affaire ayant été jugée le ſur-lendemain.

Je pris par écrit la clauſe du contrat de mariage de M. & de Madame de Talard, & j'ai travaillé la Diſſertation telle que je la donne aujourd'hui.

Comme je ſuis incommodé, & que je ſors peu, j'en remis une copie ès mains de mon frere, Subſtitut de M. le Procureur-Général, pour la communiquer à M. de Saint-Fargeau; ce qu'il a fait effectivement; & quelque temps après il me dit que ce Magiſtrat avoit fort approuvé mes principes, mais que je n'étois pas entiérement dans les faits; ce qui me fait préſumer, que l'Arrêt en queſtion a jugé la cauſe plutôt par les faits particuliers, que par le point du Droit. Effectivement, je n'ai travaillé la Diſſertation uniquement que par rapport à la clauſe du contrat de mariage, n'étant pas inſtruit des faits particuliers; & je ſuis perſuadé que ſi la queſtion ſe préſentoit dans le ſeul point de Droit, l'Arrêt ſeroit tout différent de celui qui a été rendu.

On pouvoit, dans cette affaire, citer en faveur des légataires & héritiers de M. de Talard, l'Arrêt de Bence de 1695. Mais M. de Saint-Fargeau (à ce qui m'a été rapporté) ayant été au Greffe, n'a pas trouvé que cet Arrêt eût été rédigé dans les termes dans leſquels il eſt rapporté dans nos Livres.

C'eſt encore à titre de paternité, que l'*article* 76 de la Coutume de Limoges me paroît accorder des gains de ſurvie aux conjoints; & je raiſonnerois ſur cette Coutume comme ſur toutes les Coutumes de paternité. Voici les termes de cet article 76. » Eſt la Coutume audit Château, que ſi la » femme, qui a enfanté fils ou fille de ſon mari, vient à » décéder, le mari gaigne le dot à jamais, ſi ledit dot conſiſte » en meubles; que s'il conſiſte en immeubles, il le gaigne » ſeulement à vie, & par forme d'uſufruit, pourvu que le fils » ou fille, vive heure de jour & heure de nuit.« Ainſi dans cette Coutume il ne ſuffit pas que l'enfant ait *crié & brayt*, pour employer les expreſſions des établiſſements de S. Louis, *liv.* 1, *ch.* 11; il faut qu'il ait vécu heure de jour & heure de nuit; c'eſt-à-dire, ſelon moi, environ vingt-quatre heures entieres, qui compoſent ce que l'on appelle communément le jour & la nuit.

Mais il n'eſt pas toujours facile de déterminer à quel titre la Coutume défere les différents gains qu'elle préſente aux conjoints ; ſi c'eſt à raiſon de la dot, ſi c'eſt à titre héréditaire, ou comme gain de la communauté. C'eſt une des difficultés que j'ai fait remarquer, dès l'entrée de la préſente Obſervation, & cela me paroît dépendre de la maniere dont les Coutumes ſe ſont expliquées, & de l'eſprit qui regne dans chacune de ces Coutumes : mais cela excede les bornes de nos queſtions mixtes.

Il eſt quelquefois des droits accordés par pur privilege, & pour lors ces ſortes de droits peuvent avoir leurs regles particulieres. Par exemple, par une des Conſtitutions de la Principauté de Catalogne, commençant par ces mots : *Hâc noſtrâ Conſtitutione*, il eſt porté, que le mari venant à mourir, la femme ſurvivante eſt regardée comme étant en poſſeſſion de tous les biens de ſon mari, & comme ayant droit pendant ſon année de deuil, de percevoir ſur ces biens tout ce qui lui eſt néceſſaire pour la vie. L'année révolue du deuil, elle fait les fruits ſiens, juſqu'à ce que ſa dot lui ait été reſtituée, & qu'elle ait été payée de ſon gain de ſurvie. En voici les termes.

*Hâc noſtrâ Conſtitutione in perpetuum valiturâ ſancimus quod uxor, mortuo viro ſuo, confeſtim poſt mortem illius ſic viſa omnia bona mariti ſui poſſidere, & intrà annum luctûs, illorum bonorum in omnibus rebus ad vitam ſuam neceſſariis provideatur, poſt annum verò luctûs, fructus illorum bonorum faciat ſuos, donec & quouſque ipſi in dote, & ſponſalitio ſuis ſit integriter ſatisfactum, &c.*

*Colerus, de proceſſ. executivis, Parte* 1, *cap.* 2, *n.* 219, cite pluſieurs endroits où la même choſe eſt obſervée ; & la raiſon qu'il donne de ces diſpoſitions, eſt que *cum vivente marito quaſi communem uſum, & poſſeſſionem omnium bonorum ejus habuit, ſaltem jure familiaritatis ; mortuo viro gaudet jure retentionis, donec ipſi reſtituatur dos, aut lucrum dotale.*

Ferrerius, Auteur Eſpagnol, qui a commenté la Conſtitution *Hâc noſtrâ*, eſtime, 1. *Decl. ad primum tempus, pag.* 225, *n.* 1, que le bénéfice de cette Conſtitution a lieu ſeulement, *inter cives incolas, & commorantes in hoc Principatu, & in bonis eorumdem in territorio Conſtitutionum, & in hoc Principatu exiſtentibus ; nullatenùs verò extendenda ad bona extrà Princi-*

*patum & territorium existentia, & ad personas degentes in aliis Provinciis, etiamsi illorum bona in Principatu reperiantur.*

Il fonde ces décisions sur ce que les Statuts, *sivè dirigantur in personam, sivè dirigantur in rem, nunquàm trahi possunt extrà bona territorii statuentium, & habent locum inter subditos tantùm.*

Il ajoute, que les Statuts qui sont dirigés vers la personne ne peuvent concerner que les Citoyens; *nulla enim Statuta, nullæ leges possunt ligare nisi subditos, nullatenùs forenses, neque active, neque passive, licet uti possint aliquandò statutorum beneficiis, quoad bona in territorio statuentium constituta.*

Il est sensible que cet Auteur n'envisage ce qui est porté en cette Constitution, que comme un pur privilege accordé seulement aux veuves de Catalogne, & sur les biens qui y sont situés; bénéfice dont les étrangers ne peuvent pas communément profiter.

Car d'ailleurs on ne sauroit se persuader que ce Commentateur ait estimé, & donné pour principe général, que tous les Statuts, *quæ diriguntur sivè in rem, sivè in personam, non possunt trahi extrà bona territorii statuentium, & habent locum inter subditos tantùm.*

A la bonne heure que les Statuts *quæ diriguntur in personam*, n'affectent que les domiciliés, & ne puissent fixer l'état & la condition que des seuls domiciliés, *habeant locum inter subditos tantùm.* Cela est dans la regle.

Mais que tout Statut, *etiam illud quod dirigitur in personam, non possit trahi extrà bona territorii statuentium*, le principe n'est vrai qu'autant que dans le lieu de la situation des biens, il y auroit un Statut contraire qui seroit réel, & non pas si le Statut contraire étoit personnel, & disposoit des biens par la suite de l'état & de la condition de la personne.

De donner encore pour principe général, que, *Statuta quæ diriguntur in rem, habent locum inter subditos tantùm*, ce seroit renverser toutes les maximes, qui veulent que les dispositions réelles profitent à tous ceux qui sont propriétaires des fonds étrangers, comme domiciliés; & la maxime contraire ne peut avoir lieu, que lorsqu'il s'agit de droits purement privilégiés, & restreints aux seuls domiciliés. C'est ce que dit Ferrerius lui-même: *Licet forenses uti possint aliquandò Statutorum*

*Statutorum beneficiis quoad bona in territorio ſtatuentium conſtituta.*

Mævius, *ad Jus Lubecenſe, Quæſt. prelim. quæſt.* 1, *n.* 31 *& ſuiv.* agite la queſtion de ſavoir quand l'étranger peut jouir du bénéfice admis dans un lieu : il rapporte les autorités pour & contre ; & il dit, que l'avis le meilleur eſt celui de ceux qui eſtiment que le bénéfice d'un Statut, *generaliter vel indefinitè loquentis*, profite, *etiam extraneo in actibus voluntariæ Juriſdictionis*, ſi ce n'eſt que le bénéfice ſoit reſtreint aux ſeuls domiciliés, *niſi ſpecialiter proviſum ſit contrarium ;* & il ajoute, *& quidem ſine dubio veriorem deprehendimus in iis, ubi ſi quid adverſi Statutum contineret, forenſes obligarentur. Ratio naturalis enim jubet ex adverſo eos quoque tunc favore Statutorum relevari. Si enim circà ordinem judiciarium, circà poſſeſſiones, circà contractus, alioſque actus humanos quædam diſpoſita ſunt, quis dubitabit iis frui forenſem qui in loco Statuti litigat, poſſidet, contrahit, diſponit? Minimè verò iſta ſententia extendi debet ad ea quæ, vel ſpecialiter de civibus Lubecenſibus, aut de civibus earum civitatum quæ jure Lubecenſi utuntur, diſponunt, vel ſi quædam conſtituta ſunt in favorem civium, propterea quod onera civitatis à quibus immunes ſunt forenſes, ſuſtinent.*

Mais il y a des privileges attachés à la choſe, & il y en a qui ſont attachés aux perſonnes.

C'eſt ainſi, quant aux privileges attachés aux choſes, que par l'*art.* 161 de la Coutume de Paris, il eſt loiſible à tout propriétaire de maiſon de faire procéder, par voie de gagerie en ladite maiſon, pour les termes à lui dûs : c'eſt la ſituation de la maiſon, en ladite Coutume, qui donne ce privilege. Et quant aux privileges purs perſonnels, nous en trouvons encore des exemples dans la même Coutume, ès *art.* 112 & 173, qui ne s'appliquent point à autres qu'à ceux déſignés en ces articles.

C'eſt encore ainſi, que, par la Coutume du Hainaut, le Ceſſionnaire étant obligé, avant que de pourſuivre le Débiteur, de repréſenter au cédant l'acte de ceſſion, pour ſavoir de lui s'il veut reprendre dans la quinzaine l'action cédée : il a été jugé que ce bénéfice ne pouvoit être communiqué à un habitant de Valenciennes, encore que le Ceſſionnaire ſe pourvût pour ſon paiement, ſur des biens ſitués en Hainaut;

parce que ce bénéfice de repréſentation, comme on l'appelle, eſt perſonnel & particulier pour ceux qui vivent ſous la Coutume du Hainaut. *Pollet, part.* 2, *de ſes Arrêts, ch.* 72. *V. la note ſur l'art.* 3, *du ch.* 112, *des Chartes du pays & Comté de Hainaut.*

## OBSERVATION XXXIX.

### *Sur la Garde-Noble & Bourgeoiſe.*

C'Eſt en examinant les queſtions que la variété & la contradiction de nos Coutumes peuvent faire naître ſur la garde-noble & bourgeoiſe, que j'ai été plus particuliérement convaincu de la grande difficulté d'allier nos Coutumes enſemble, & de trouver, dans la ſcience des Statuts, des regles & des principes qui puiſſent avoir des applications générales & uniformes.

Pour traiter les queſtions qui peuvent tomber ſur la garde, avec quelque ordre, il faut examiner pluſieurs choſes.

1°. Ce que c'eſt que la garde en elle-même. 2°. Quelle eſt la Coutume qu'il faut ſuivre pour décider de ceux qui ſont appellés pour être gardiens. 3°. Quelles ſont les formalités requiſes pour l'accepter. 4°. De quels biens le gardien doit jouir. 5°. Quelles ſont les charges dont eſt tenu le gardien.

### *PREMIERE QUESTION.*

#### *Ce que c'eſt que la Garde en elle-même.*

Nos Auteurs ayant remarqué que le gardien avoit l'adminiſtration des biens des mineurs, ainſi que le tuteur, ils ont cru que la garde étoit une eſpece de tutele, encore que cette adminiſtration ſoit bien différente; car le tuteur a une adminiſtration comptable envers les mineurs, & le gardien a une adminiſtration qui tourne à ſon utilité particuliere, ſous les charges, néanmoins, qui lui ſont impoſées par les différentes Coutumes.

C'eſt ce qui a fait dire à Me Ch. du Molin, ſur l'*art.* 4 de

la Coutume de Blois, que la garde étoit *quaſi tutela*, & il enviſage les gardiens *tamquàm protutores.* Il ajoute, *iſta tutela conſuetudinaria inſtar legitimarum eſt.*

Chopin, ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 7, *n.* 5, l'appelle *tutela fructuaria.*

Pluſieurs de nos Auteurs prétendent que la garde tire ſon origine des fiefs, en ce que les mineurs, propriétaires de ces fiefs, n'en pouvant acquitter les charges perſonnelles, qui étoient des ſervices militaires, ils étoient obligés de les faire acquitter par d'autres. La mere, quand c'étoit elle qui ſurvivoit, fourniſſoit un homme, & ſouvent le plus proche parent acquittoit ces ſervices, & à raiſon de ce, il ſe mettoit en poſſeſſion du fief, &, par forme d'indemnité, il en percevoit les revenus.

D'autres, comme M. le Préſident Bouhier, ſur la Coutume de Bourgogne, diſtinguent, dans l'état préſent des choſes, trois ſortes de gardes. Celle qui eſt déférée aux peres & aux aïeux paternels, & elle dérive de la puiſſance paternelle. 2°. Celle déférée à tous autres parents, même à la mere, & elle participe de la tutelle : & enfin, il y en a une troiſieme, dont l'une eſt Royale & l'autre Seigneuriale, & il les regarde comme des droits ſeigneuriaux.

Il n'eſt pas poſſible de ſe refuſer à ces obſervations. Ce Magiſtrat les fait ſentir & les établit d'une naniere convainquante ; mais quelqu'origine qu'aient nos gardes, il me paroît que c'eſt par les effets qu'elles ont aujourd'hui parmi nous, & par les droits qu'elles donnent, qu'il faut juger de leur nature & de ce qu'elles ſont en elles-mêmes.

Nos deux principales gardes ſont la noble & la bourgeoiſe.

Pour commencer par la garde bourgeoiſe, quoique plus récente, pluſieurs de nos Coutumes ne l'admettent pas. Mante, *art.* 178 ; Clermont, *art.* 176 ; Anjou, *art.* 88.

De celles qui l'admettent, quelques-unes ne la déferent qu'aux peres & meres. Paris, *art.* 266, & quelques autres, la déferent encore aux aïeux & aïeules, ou autres aſcendants. Etampes, *art.* 89 ; Dourdan, *art.* 125 ; Montfort, *art.* 116 ; Rheims, *art.* 33.

Entre celles qui la déferent aux peres & meres, il y en a qui exigent limitativement qu'ils ſoient domiciliés & bourgeois de la ville, Paris, *art.* 266 ; & d'autres qui n'exigent que la

qualité de pere & de mere, indépendamment de tout domicile, & c'eſt le droit commun de nos Coutumes.

Quant à la garde-noble, j'en connois de trois ſortes; garde-noble que j'appellerai de parenté, garde-noble royale, & garde-noble ſeigneuriale. Ces deux dernieres ſe ſont conſervées dans la Coutume de Normandie, & ne ſont pas d'uſage ailleurs; elles ont été converties en d'autres droits ſeigneuriaux : c'eſt ainſi qu'en Bretagne, où elles avoient lieu, on les a remplacées par des droits de rachat, par un traité de 1225. V. Hevin, ſur les Arrêts de Frain, *pag.* 550.

Pour la garde-noble de parenté, elle paſſe dans pluſieurs Coutumes, à défaut de peres ou meres qui l'acceptent, aux aïeux ou aïeules, ou, à leur défaut, même aux collateraux.

Dans d'autres, elle ne ſort pas de la directe.

Et enfin dans d'autres, elle n'appartient qu'aux peres & meres. Meaux, *art.* 47; Senlis, 152; Valois, 72; Laon, 261.

Dans certaines Coutumes, la garde appartient de droit & ſans aucune demande, aux peres & meres. Orléans, *art.* 23. Dans d'autres, il faut la demander. Paris, *art.* 269.

Il y a des Coutumes où, ſoit que ce ſoit le pere ou la mere, aïeul ou aïeule qui ſoit gardien, il perd la garde en ſe remariant, Paris, *art.* 268; & il y en a d'autres où, en ſe remariant, il ne la perd pas. Melun, *art.* 186; Châteauneuf, *art.* 136.

Dans certaines Coutumes le gardien eſt encore, en ſa qualité de gardien, tuteur de ceux qu'il a en garde; & dans d'autres, le gardien n'eſt en outre tuteur, qu'autant qu'il a été nommé & choiſi pour cela.

Dans les Coutumes où le gardien eſt tout à la fois, & gardien & tuteur, la garde & la tutele s'entr'aident & ſe communiquent leurs prérogatives réciproques. Le tuteur, ſimple tuteur, a droit & autorité ſur la perſonne; mais il eſt comptable des fruits & revenus ſans être tenu d'aucunes dettes. Le gardien, au contraire, ſimple gardien, n'a pas droit ſur la perſonne, mais ſur les biens : il en jouit, il fait les fruits ſiens; mais auſſi il eſt chargé d'acquitter certaines dettes.

Quand le gardien eſt tout à la fois gardien & tuteur, pour lors il a droit ſur la perſonne & ſur les biens, & il eſt non comptable des fruits & revenus, mais il eſt tenu des dettes; ainſi la tutele gardienne forme un mêlange de droits & de charges.

Selon Me Ch. du Molin, les droits de la tutele directs & principaux, ſont ſur la perſonne. Le tuteur *habet curam perſonæ*, & par conſéquence ſeulement il gere les biens : au contraire, les droits de la garde directs & immédiats, ſont plutôt ſur les biens que ſur la perſonne. *Magis eſt jus in res, vel in bona quàm poteſtas in perſonam.*

Selon le même Auteur, la tutele eſt un droit commun, général, univerſel & néceſſaire, *habet concurſum juris communis.* La garde eſt un droit municipal, particulier & reſtreint, *eſt jus exorbitans.*

Dans les Coutumes où l'un & l'autre ſont joints enſemble, on ne laiſſe pas que de les diſtinguer : la tutelle, comme droit commun, s'étend par-tout. *Benè extenditur non vi juriſdictionum, ſed vi pacti privati, & juris communis paſſivè ſe extendentis.* Mol. *art.* 99, *antiq. conſ. Paris.* La garde, comme droit municipal, eſt renfermée dans ſon lieu. *Non extenditur ultrà bona ſita in loco ſuo, nec poteſt locum ſtatuentis excedere, etiamſi talis cuſtos, vel adminiſtrator habeat curam perſonæ.*

Mais, ſelon M. le P. Bouhier, tout ce que dit Me Ch. du Molin de l'exorbitance de la garde, ne peut être appliqué qu'à la garde déférée à tous autres qu'au pere & à l'aïeul, parce que celle-ci dérive de la puiſſance paternelle, & en emporte pluſieurs effets.

Il faut convenir que la garde déférée aux aſcendants mâles, eſt plus naturelle que celle déférée aux aſcendants femelles, & que celle-ci eſt encore plus naturelle que celle déférée aux collateraux. Me Ch. du Molin en fait la remarque ſur l'*art.* 46 de la nouvelle Coutume de Paris. *Ejuſmodi cuſtodia, ſeu poteſtas parentum adminiſtrandi cum lucro fructuum ſatis eſt rationabilis, & accedens diſpoſitioni juris ; nec eſt preſumendum parentes aliud conſilium quàm liberis optimum aſſumere ; nullus enim affectus paternum vincit, ſed quod hujuſmodi cuſtodia, ſeu ballia habeat locum in linea collaterali, valde durum eſt, & iniquum, & ut de ſe apparet, crebrior experientia demonſtrat : nihil aliud eſt quàm deprædatio pupillorum & orphanorum quos Lex divina & naturalis, & omnis Lex humana rectè poſita jubet ab omni injuria, & jactura protegi & deffendi.*

J'ai obſervé, en la queſtion 20 de mes Diſſertations mixtes, que la puiſſance paternelle a des droits perſonnels & des droits

réels ; en tant qu'elle donne des droits personnels, elle est personnelle & s'étend par-tout, & en tant qu'elle donne des droits réels, je l'ai estimée réelle & restreinte dans la Coutume de la situation ; & voilà précisément ce que Me Ch. du Molin a pensé sur la garde, *lib.* 1, *c. de summ. Trinit. tit. de statut.* où il dit : *tale jus exorbitans* (la garde) *non extenditur ultrà bona sita in loco suo, quia hoc respectu magis est jus in res, vel in bona quàm potestas in personam, etiamsi talis custos, vel administrator habeat curam personæ, quia cura quæ habet concursum juris communis benè extenditur ubique, secus de jure faciendi fructus suos, quia est reale, nec potest locum statuentis excedere.*

Chopin, *loc. cit.* dit pareille chose de la garde, qu'elle est en partie personnelle & en partie réelle ; *in aliquibus gardia est personalis, scilicet quoad actiones personales quas exercet, ac debita mobilia quæ solvit ;* mais elle est réelle, *quoad usumfructum bonorum.*

Je conviendrai volontiers que la garde est personnelle, dans le sens qu'elle est tellement cohérente & attachée à la personne, comme dit M. Julien Brodeau sur l'*art.* 90 de la Coutume d'Anjou, que le gardien ne peut pas céder son droit de garde à un autre, *ne extraneus non curaret, & omnia dissiparet.*

Mais ce n'est pas en ce sens qu'il faut la considérer ici pour décider si elle est personnelle, mais bien si elle a quelqu'autre objet que les biens & les dettes.

Or, dans ce sens, je ne vois pas que la garde puisse être personnelle, si le gardien exerce les actions nécessaires pour le recouvrement des dettes mobiliaires actives, & pour la perception des fruits & revenus échus pendant la garde, qui sont les seules actions qu'il puisse exercer en sa qualité de gardien ; la Loi ne lui donne néanmoins que *jus in res, non potestas in personam.*

Il est pourtant vrai qu'il y a du personnel dans la garde, puisque le gardien est tenu de payer les dettes mobiliaires, & arrérages des dettes immobiliaires, & qu'il en est tenu personnellement ; mais ce personnel ne vient pas de la nature de la garde en elle-même, elle ne donne que *jus in res* ; il vient de ce que les biens *non dicuntur, nisi deducto ære alieno*, & que le gardien, en acceptant la garde, contracte l'obligation de payer les dettes.

C'eſt ainſi que l'hérédité d'un défunt eſt toute réelle en elle-même, elle ne renferme que des biens & des charges ; mais celui qui accepte, contracte, par ſon acceptation, une obligation perſonnelle, ainſi l'hérédité eſt réelle ; mais l'acceptation de l'hérédité eſt perſonnelle, & c'eſt la raiſon pour laquelle la qualité d'héritier ſe porte par-tout, parce qu'il n'y a pas d'héritier, qu'il n'y ait une acceptation d'hérédité, qui eſt toute perſonnelle.

Ainſi la garde eſt réelle par rapport à la Loi qui la défere, & qui ne défere que des droits réels, & elle a du perſonnel, par rapport à l'engagement que contracte le gardien, en acceptant la garde ; mais cet engagement n'eſt que la ſuite de l'acceptation qu'on a faite de la garde.

C'eſt pourquoi le grand Arrêt de Bence a jugé, que la puiſſance paternelle, en tant qu'elle accordoit au pere la jouiſſance des biens de ſes enfants, étoit pure réelle ; & elle a accordé à un pere domicilié à Paris, & dont les enfants n'étoient même, quant à leur perſonne, ni en garde, ni en puiſſance paternelle, la jouiſſance de leurs biens ſitués en pays de puiſſance paternelle.

Mais ſi la puiſſance paternelle eſt réelle, quant aux droits de jouiſſance qu'elle donne ſur les biens, il faut dire, à plus forte raiſon, que la garde déférée par nos Coutumes eſt toute réelle ; car elle n'accorde que des droits ſur les biens. La puiſſance paternelle eſt perſonnelle & réelle, parce qu'elle a un mêlange de droits perſonnels & de droits réels ; & ſi on l'a jugée réelle, en tant qu'elle accordoit des droits réels, la garde conſidérée dans la Loi même, ne peut être que réelle, puiſqu'elle n'admet aucun mêlange, & qu'elle eſt toute renfermée dans des droits réels.

On dira peut-être : le gardien eſt chargé de l'éducation du mineur, & cela eſt tout perſonnel.

Mais premiérement, on ne peut pas raiſonnablement dire que le gardien ſoit chargé de l'éducation du mineur ; il n'eſt chargé que de payer les frais & dépens de l'éducation ; car l'éducation eſt la fonction du tuteur.

Or ces deux choſes ſont bien à diſtinguer ; car, comme dit Burgundus, *Tract.* 1, *n.* 26, en parlant de la tutele : *Nuda adminiſtratio tutoris munus eſt perſonale, quod conditioni bonorum non miſcetur.* Et plus bas, *n.* 28, *inter actus*

*perſonales adminiſtratio reponitur ;* mais le gardien, *non habet munus perſonale*, ſon adminiſtration *conditioni bonorum miſcetur.*

On convient qu'il doit perſonnellement ces frais d'éducation, comme il doit toutes les autres dettes ; mais cette perſonnalité ne naît que de ſon engagement : la charge eſt réelle par elle-même, dont l'acquit devient perſonnel par l'acceptation.

M. le Préſident Bouhier ne s'écarte de ce ſentiment, que par rapport à la garde déférée au pere, & à l'aïeul paternel, qu'il prétend être toute perſonnelle dans les droits mêmes pécuniaires qu'elle emporte, comme tirant ſon principe de la puiſſance paternelle ; & quant aux gardes déférées à d'autres qu'aux peres & aux aïeuls, & aux droits qui les accompagnent, il les regarde volontiers comme réels ; & c'eſt par rapport à ces gardes qu'il reſtreint ce que nous venons de rapporter de du Molin, quoique cet Auteur ſemble avoir parlé de toutes ſortes de gardes en général.

## *DEUXIEME QUESTION.*

*Quelle eſt la Coutume qu'il faut ſuivre pour décider de ceux qui ſont appellés à être Gardiens ?*

Nous venons déja d'annoncer les principes qui peuvent ſervir à la déciſion de cette Queſtion.

Si la garde, ſoit noble, ſoit bourgeoiſe, étoit une véritable tutele admiſe pour la défenſe & le ſoutien de la perſonne, & ſi elle ne donnoit que les droits de la tutele, il ne ſeroit pas poſſible de la faire régir par une autre Loi que celle du domicile du mineur ; parce que la Loi ſeule du domicile ayant autorité ſur la perſonne, c'eſt elle ſeule qui peut confier cette autorité à un tiers. Que ce ſoit ſous la dénomination de tutele, ou ſous celle de bail, ou de garde, ce n'eſt qu'un changement de nom qui ne change pas la nature & la ſubſtance de la choſe.

Mais ce que nous appellons Garde, parmi nous, n'a pas pour objet principal & direct la perſonne qui eſt en garde ; c'eſt l'objet de la tutele ; elle n'a en vue que l'adminiſtration & la direction des biens, & les droits qu'elle accorde ſont tous

tous droits réels. La garde conſiſte, ou en droits de propriété, ou en droits d'uſufruit ; & il n'y a rien de plus réel que ces ſortes de droits : par conſéquent elle ne peut être régie que par la Loi de la ſituation. C'eſt cette Loi qui donne, ou ne donne pas ; qui appelle certaines perſonnes, ou qui ne les appelle pas. De-là il ſemble qu'il faudroit néceſſairement en conclure, que chaque Coutume qui admet la garde, & où il y a des biens, a ſeule le droit de déférer la garde à qui bon lui ſemble ; & qu'il n'y a que ceux à qui elle la défere qui puiſſent être gardiens, quelque domicile d'ailleurs qu'aient ceux qui tombent en garde, & ceux qui ſont appellés à la garde ; en ſorte que ſi, à défaut des aſcendants, une Coutume déféroit la garde aux collatéraux, ils pourroient ſe porter gardiens dans cette Coutume, & non ailleurs.

Cependant cette même Queſtion partage nos Auteurs.

M. le Préſident Bouhier, qui enviſage la garde déférée au pere, & à l'aïeul paternel, comme tirant ſa ſource de la puiſſance paternelle, & qui, par cette raiſon, la dit toute perſonnelle, décide préciſément que cette garde doit être réglée ſuivant la Loi du domicile du pere, & de l'aïeul paternel.

M. Pocquet de Livoniere, en ſes Regles du Droit François, *ch. de la Garde, art.* 13, prétend pareillement que la queſtion de ſavoir s'il y a lieu à la garde, ou non, ſe regle par la Coutume du domicile du mineur ; & c'eſt l'avis de pluſieurs de nos Auteurs, comme nous venons de l'obſerver : & quant à l'effet de la garde, & du profit des gardiens, il dit que cela ſe détermine par les diſpoſitions des Coutumes où les héritages ſont ſitués.

Mais s'il étoit vrai que la Loi du domicile reglât s'il y a lieu à la garde, ou non, dans les autres Coutumes, il s'enſuivroit que les Loix où les biens ſont ſitués, & qui ont ſur ces biens une juriſdiction naturelle, recevroient néanmoins l'ordre & le commandement d'une Loi étrangere dans une choſe pure réelle ; car ce ne ſeroit pas la Loi de la ſituation qui déféreroit la garde, ce ſeroit celle du domicile ; & la Loi de la ſituation ſeroit tenue de s'y ſoumettre, ſoit qu'elle fût d'accord avec celle du domicile, ſoit qu'elle y fût contraire.

On ne peut pas dire ici que cela arrive tous les jours : quand le réel dépend du perſonnel, par exemple, quand le

réel dépend de l'état & de la condition de la perſonne ; car c'eſt bien un état pour un enfant d'être en tutele, mais ce n'en eſt pas un d'être en garde.

J'avouerai volontiers que la garde déférée aux peres & aux aïeuls paternels eſt un reſte de la puiſſance paternelle ; mais ce reſte ne conſiſte que dans des droits purs réels qui ſont accordés au pere, *ratione tantùm adminiſtrationis*, dit Chaſſeneuz, *loco infrà cit. & non ratione patriæ poteſtatis.*

En effet, dans la plupart de nos Coutumes, autre eſt le tuteur, & autre eſt le gardien.

Dans ces Coutumes le gardien n'a aucun droit ſur la perſonne qui eſt en garde, c'eſt ſon tuteur.

Dans les Coutumes où la tutele eſt jointe à la garde, il a fallu y réunir les différents droits, puiſqu'on y réuniſſoit les deux qualités ; mais quoique réunis, les droits de l'un ne ſont pas les droits de l'autre : ainſi dans ces Coutumes mêmes on diſtingue les droits de la tutele d'avec ceux de la garde.

M. le Préſident Bouhier convient que toute autre garde que celle déférée au pere & à l'aïeul paternel, eſt réelle ; & dans ce cas il ne révoque point en doute qu'il ne faille ſuivre la réalité des Coutumes.

Mais ſi dans la puiſſance paternelle il faut, comme je crois l'avoir montré ailleurs, diſtinguer les droits perſonnels d'avec les droits réels ; & ſi ces derniers ſont régis par la Loi de la ſituation, il en faut dire de même de la garde dont les droits ſont entiérement réels.

Ce n'eſt donc pas ſans fondement que M^e Ch. du Molin a diſtingué lui-même les droits de garde, d'avec ceux de tutele : on ne préſumera pas qu'il ait ignoré la ſource & l'origine de la garde, & cependant il a décidé indéfiniment qu'elle étoit *magis jus in rem quàm poteſtas in perſonam.*

Ainſi pour déterminer, quand il y a lieu à la garde, & ceux à qui ces droits réels ſont déférés, j'eſtimerois qu'il faut enviſager les différentes Loix de la ſituation des biens. Si la Loi du domicile des mineurs, ou n'admet pas, ou exclut toute garde en général, & que la Loi de la ſituation la donne, il y aura lieu à la garde, ou il n'y aura pas lieu, ſelon la différente ſituation des biens.

Pareillement ſi une perſonne eſt appellée dans une Coutume,

& rejettée dans une autre, elle ſera gardienne dans l'une, & ne la ſera pas dans l'autre, & tout cela fondé ſur la réalité de la garde.

C'eſt pourquoi la Coutume de Paris déférant la garde bourgeoiſe, non pas ſimplement aux peres & meres, mais avec cette addition, *peres & meres bourgeois de Paris*, & cela par un privilege de Charles V, de 1371, il s'enſuit que tous roturiers, non bourgeois de Paris, demeurants même dans l'étendue de la Coutume, ne pourront être gardiens à Paris.

Mais s'il y a des biens ſitués hors la Coutume de Paris, & que ces Coutumes la donnent indifféremment à tous peres ou meres, en leur ſeule qualité de peres & meres, les peres & meres domiciliés en la Coutume de Paris, quoique non bourgeois de Paris, auront la garde dans ces Coutumes, & ne l'auront pas à Paris.

Au moyen de quoi il eſt aiſé de voir, qu'à l'égard de la Coutume de Paris, la qualité de bourgeois de Paris qu'elle requiert dans les peres & meres, eſt une diſpoſition réelle; qu'il ne ſuffit pas d'avoir la qualité de pere ou de mere, qu'il faut encore être bourgeois de Paris.

Je ne ſais pourquoi tous les peres & meres, domiciliés dans la Coutume de Paris, n'ont pas tous également, du moins aujourd'hui, un droit que dans le commun des Coutumes tous les autres peres & meres tiennent par leur ſeule qualité de peres & meres; mais enfin le privilege accordé aux ſeuls bourgeois de Paris, forme dans cette Coutume une excluſion pour les autres, & telles ſont nos mœurs.

Il eſt donc indifférent, dans les Coutumes qui n'ont pas une pareille diſpoſition, de recourir au domicile des mineurs qui tombent en garde; encore moins au domicile de ceux qui prétendent à la garde. Il faut ſe renfermer dans les Loix de la ſituation des biens, parce que la garde eſt réelle.

Le domicile des mineurs ne peut être conſidéré que par rapport aux meubles, comme Loi de la ſituation, parce que, comme je l'ai dit en quantité d'endroits, les meubles ont une ſorte de ſituation dans le lieu du domicile.

Je ſais qu'en prenant le parti de la réalité, on tombe dans de grands embarras par rapport à bien des queſtions qui s'agitent en cette matiere, & notamment par rapport aux

différentes formalités requiſes pour l'acceptation de la garde comme nous le dirons ci-après.

Au lieu qu'en ſe fixant à la ſeule loi du domicile du mineur, on prévient bien des inconvénients.

Nous examinerons inceſſamment quelques-unes de ces Queſtions particulieres. J'obſerverai ſeulement, quant à préſent, que la crainte des inconvénients oppoſés pourroit être une raiſon pour demander avec empreſſement une Loi uniforme : mais juſque-là il faut obéir aux différentes Loix qui ont droit de commander, & tâcher dans cette multiplicité de Loix d'y mettre la concordance la plus equitable que faire ſe peut, y reſtât-il toujours quelque choſe de diſcordant.

Mais je demande ſi, de même que pour la garde bourgeoiſe, il faut être, dans la Coutume de Paris, domicilié à Paris, il faut de même, pour la garde noble, que le noble, qui veut accepter la garde à Paris, y ſoit pareillement domicilié, ou du moins à ſon égard dans l'étendue de la Coutume.

Sur cette Queſtion nos Auteurs ſont diviſés.

Dupleſſis, par exemple, prétend qu'afin que la garde noble ait lieu à Paris, il faut à la vérité que le pere des mineurs fût demeurant dans la Coutume lors de ſon ouverture, par le décès de lui, ou de la mere ; mais qu'il n'eſt pas néceſſaire que les aïeux appellés y ſoient domiciliés.

Renuſſon, *ch.* 2, *n.* 41, de ſon *Traité de la Garde*, prétend au contraire, que ſi l'aïeul veut la recueillir, il faut qu'il ſoit domicilié à Paris, ou dans l'étendue de cette Coutume, lorſque la garde a été ouverte, & qu'un aïeul domicilié dans le pays de Droit écrit, ne pourroit pas avoir la garde de ſes petits enfants domiciliés à Paris : mais au *n.* 42, il admet une reſtriction, ſi ce n'eſt que l'aïeul demeurât dans une Coutume qui la lui déférât pareillement, parce qu'en ce cas l'aïeul auroit pour lui la Coutume de ſon domicile, & la Coutume de Paris, où la garde a été déférée.

Pour la déciſion de la Queſtion, il faut examiner ſi la Coutume de Paris, exigeant la qualité de bourgeois de Paris pour la garde bourgeoiſe, comme diſpoſition réelle, elle exige à l'égard de la garde noble la demeure, ſoit à Paris, ſoit dans l'étendue de la Coutume, comme une autre diſpoſition réelle.

Ce que M. Renuſſon obſerve, *ch.* 2, *n.* 6, de ſon *Traité de la Garde*, peut conduire à la déciſion.

Il obſerve que l'ancienne Coutume, en l'*art.* 99, étoit conçue en ces termes. » Par la Coutume générale de la » Prévôté & Vicomté de Paris, hors la Ville & Fauxbourgs, » il eſt loiſible aux peres & meres, aïeuls & aïeules nobles, » d'accepter la garde noble de leurs enfants. « Que cet article avoit élevé trois avis différents au ſujet de ces termes, *hors la Ville & Fauxbourgs :* ſuivant le premier, la garde noble étoit ſeulement pour les nobles demeurants hors la Ville & Fauxbourgs de Paris; & s'ils étoient demeurants en la Ville & Fauxbourgs, pour lors ils ne pouvoient accepter que la ſeule garde bourgeoiſe.

Le ſecond avis étoit que les perſonnes nobles, demeurants en la Ville & Fauxbourgs de Paris, pouvoient accepter les deux gardes, la noble & la bourgeoiſe enſemble ; ſavoir, la garde noble pour les biens qui ſont hors la Ville & Fauxbourgs, & la garde bourgeoiſe pour les biens qui ſont ſitués en la Ville & fauxbourgs; que ces deux gardes n'étoient pas incompatibles, & ſe régloient par rapport à la ſituation des biens, quand les perſonnes nobles avoient des biens en la ville & fauxbourgs, & qu'ils en avoient encore hors la ville & fauxbourgs.

Enfin, le troiſieme avis étoit que les perſonnes nobles demeurant en la ville & fauxbourgs, acceptant la garde-noble, avoient droits de garde-noble ſeulement ſur les biens des mineurs, ſitués horsla ville & fauxbourgs, & non pas ſur ceux qui étoient ſitués en la ville & fauxbourgs.

Ces trois différents avis ſe réuniſſoient dans un même point qui eſt, qu'il falloit être domicilié, ſoit en la ville ou fauxbourgs, ſoit dans l'étendue de la Coutume, pour pouvoir être gardien.

Pour faire ceſſer la diverſité des avis ſur le ſurplus, la Coutume de Paris a été réformée, & l'*art.* 267 a été rédigé comme nous le voyons aujourd'hui, enſorte qu'aujourd'hui le gardien noble, demeurant dans, ou hors la ville & fauxbourgs de Paris, mais dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, a droit de jouir des biens des mineurs ſitués dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris, ſoit qu'ils ſoient ſitués dedans ou dehors la ville & fauxbourgs.

Auſſi Renuſſon, au *nombre* 41, obſerve que ces termes, *dehors la ville*, s'entendent dans l'étendue du pouvoir de la Coutume ; c'eſt-à-dire, dans l'étendue de la Prévôté & Vicomté de Paris.

Nous avons en effet deux articles où ces mêmes termes, *dehors la ville*, ſe rencontrent, & qui doivent avoir le même ſens, ſavoir, l'*art.* 265 & l'*art.* 267.

Par l'*art.* 265, la garde-noble eſt déférée aux peres & meres, aïeuls ou aïeules nobles, demeurants dans la ville de Paris ou dehors : or, ces derniers termes, *ou dehors*, ne peuvent s'entendre que des peres & meres nobles, qui n'étant pas domiciliés dans la ville, ſont néanmoins domiciliés dans l'étendue de la Coutume, ce qui paroît manifeſtement des termes de l'*art.* 367, où les mêmes termes, *hors la ville*, ſont répétés deux fois, & ne peuvent s'entendre que de cette maniere ; & ſi ces termes, *ou dehors*, des articles 265 & 267, devoient s'entendre différemment dans ces deux articles, il faudroit convenir que la Coutume auroit été rédigée avec bien peu d'attention, puiſque les mêmes termes, mis dans deux articles de la même Coutume, & ſi prochains l'un de l'autre dans un même titre, s'interpréteroient différemment.

D'où il me ſemble qu'il faut conclure que la demeure dans Paris, ou dans l'étendue de la Prévôté ou Vicomté de Paris, eſt requiſe en cette Coutume, comme diſpoſition réelle pour la garde-noble, comme la qualité de bourgeois de Paris pour la garde-bourgeoiſe.

On prétend que par l'Arrêt du 20 Mars 1646, rapporté au Journal des Audiences, on a jugé que c'étoit la Loi où la garde étoit ouverte, & non la Loi de la ſituation, qui décidoit de ceux à qui la garde étoit dévolue ; en voici l'eſpece.

Un pere noble domicilié à Paris, mais dont la plus grande partie des biens étoient ſitués en Berry, décede délaiſſant des enfants mineurs. La mere ſurvivante, avoit accepté la tutele ſans réſerve de la garde, ni aucune déclaration de ſa part de vouloir l'accepter ; elle décede trois mois après, les parents paternels firent créer un tuteur aux mineurs, pardevant le Lieutenant-Civil au Châtelet de Paris. Un grand-oncle maternel, au contraire, avoit accepté la garde pardevant le Lieutenant-Général de Bourges, ſur le fondement

que les biens des mineurs étant ſitués en Berry, qui déféré la garde aux collateraux, elle devoit lui appartenir, faute par la mere ſurvivante de l'avoir acceptée ; & il interjetta appel de la création de tuteur. Les parents, de leur part, interjetterent appel de l'acceptation de la garde, faite par le grand-oncle.

Dans cette eſpece, il intervint l'Arrêt ci-deſſus, qui infirma la procédure faite à Bourges par le grand-oncle, le débouta de ſa demande & confirma la tutele ; mais je ne crois pas cet Arrêt bien concluant, ſoit pour montrer que pour les nobles la demeure à Paris, ou dans l'étendue de la Coutume, y ſoit néceſſaire, ſoit même pour montrer que c'eſt le domicile du pere du mineur, qui décide de l'ouverture de la garde, parce que le grand-oncle, indépendamment de tout domicile, étoit mal fondé dans l'une & dans l'autre Coutume.

Il l'étoit dans la Coutume de Paris, parce qu'il n'étoit qu'un grand-oncle, & que la Coutume de Paris ne défere la garde-noble qu'au pere & mere, aïeul ou aïeule.

Il l'étoit pareillement dans la Coutume de Berry, parce que, ſuivant l'article 38 du tit. premier de cette Coutume, celui auquel, par la Coutume, le bail eſt déféré, eſt tenu, dans 30 jours après, de déclarer s'il veut accepter le bail, & leſdits 30 jours paſſés, en demeure privé, & eſt ledit bail déféré aux autres plus prochains parents.

La mere ſurvivante, loin de faire aucune déclaration dans les 30 jours du décès, ni même de réſerve d'en faire aucune, avoit accepté la tutele purement & ſimplement, & le grand-oncle n'avoit pas fait la ſienne dans les 30 jours après ; enſorte que, ſuivant l'une & l'autre Coutume, il étoit mal fondé du chef de la garde ouverte par le décès du pere, il n'étoit pas recevable à la demander du chef de la mere, parce que c'eſt un autre principe, que la garde une fois répudiée ou non acceptée, ne ſe réitere jamais, & c'eſt ce qui a été jugé par deux Arrêts antérieurs à celui de 1646, dont voici les eſpeces.

Alexandre Odeſpnug étant décédé, laiſſant un fils mineur & ſa veuve, celle-ci avoit renoncé à la garde-noble, & avoit été élue tutrice, & l'aïeul paternel avoit été élu ſubrogé tuteur ſans qu'il eût demandé la garde

La veuve tutrice étant décédée deux ans après, il fallut

procéder à une nouvelle élection de tuteur. Ce fut alors qu'en procédant, l'aïeul paternel demanda la garde : on élut le pere de la tutrice décédée, pour tuteur, & on appointa ſur la demande concernant la garde, dont appel par l'aïeul paternel, qui ſe déſiſta de ſon appel en ce qui regardoit la tutele ; mais conclut en ſa demande à ce que la garde lui fût déférée, & ſur cette demande, les Parties furent miſes hors de Cour. C'étoit avant l'Ordonnance de 1667.

Ainſi jugé, dit Vrevin, qui rapporte cet Arrêt *tit.* 25, *art.* 135 de la Coutume de Chauny, que la mere, après le décès du pere, ayant renoncé à la garde-noble, ou ne l'ayant point demandée, l'aïeul paternel ne l'ayant point pareillement demandée, il n'eſt pas recevable après le décès de la mere à ce faire ; c'eſt-à-dire, que le droit de la garde-noble une fois conſommé eſt fini. Cet Arrêt eſt encore rapporté par Auzannet, & par Bardet, ſous la date du Jeudi dernier Février 1630, & par Vrevin, ſous celle du Jeudi dernier Février 1629.

Il y a un pareil Arrêt de 1631, rapporté encore par Bardet, en ſorte qu'en 1646 c'étoit une Juriſprudence certaine, qu'un mineur ayant été une fois en garde, ou la garde n'ayant pas été acceptée, tout étoit fini, & c'eſt ſans doute ce qui a donné lieu à l'Arrêt de 1646.

Je perſévere donc à ſoutenir que ceux qui, dans la Coutume de Paris, prétendent à la garde, doivent être domiciliés dans l'étendue de la Coutume, & que cette Coutume eſt réelle, non-ſeulement dans la délation qu'elle fait de la garde, mais encore dans la qualité particuliere qu'elle exige de ceux à qui elle la défere ; de ſorte que pour être gardien à Paris, il faut être bourgeois de Paris entre roturiers, ou demeurant dans l'étendue de la Coutume entre nobles.

Vrevin, ſur le même *art.* 135 de la Coutume de Chauny, rapporte une Turbe du 2 Avril 1604, par laquelle des Turbiers atteſtent » avoir vu des Princeſſes, Ducs, Ducheſſes & » Dames de grande qualité venir en Jugement au Châtelet, le » ſiege tenant, demander & requérir la garde-noble, combien » qu'ils euſſent haute, moyenne & baſſe Juſtice en leurs terres » & Seigneuries, & qu'ils n'euſſent domicile en la Prévôté » de Paris, ne fuſſent demeurants en icelle, & les biens dé- » pendants de ladite garde, ſitués hors la Prévôté & Vicomté » de Paris. «

Cette

Cette Turbe prouve que lorſque la garde eſt à demander dans la Coutume de Paris, il faut s'adreſſer au Juge Royal de la Prévôté & Vicomté de Paris, & non pardevant les Juges des Seigneurs. 2°. Que la ſituation des immeubles n'eſt plus à conſidérer, quand il y a néceſſité de la demander dans l'étendue de la Coutume de Paris; ce qui peut arriver dès que le domicile des mineurs eſt dans l'étendue de cette Coutume, ſoit en Prévôté, ſoit en Vicomté.

En troiſieme lieu, cette Turbe prouve qu'il n'eſt pas néceſſaire que les gardiens demeurent dans la Prévôté de Paris pour demander la garde; car cette Turbe met de la différence entre la Prévôté & la Vicomté de Paris, comme les Auteurs y en mettent. Les Princeſſes, Ducs & Ducheſſes n'étoient pas demeurants en la Prévôté, & les biens n'étoient ſitués, ni en la Prévôté, ni en la Vicomté; mais ces Ducs & Ducheſſes pouvoient être domiciliés en la Vicomté, & par conſéquent dans l'étendue de la Coutume; mais, à coup ſûr, les mineurs qui tomboient en garde y étoient domiciliés, ſoit dans la Prévôté, ſoit dans la Vicomté, & s'ils n'y avoient pas d'immeubles, ils y avoient des meubles.

## *TROISIEME QUESTION.*

*Faut-il, pour accepter la garde, ſatisfaire à toutes les différentes formalités preſcrites par nos Coutumes?*

Nous avons quelques Coutumes qui ne demandent aucunes formalités pour l'acceptation de la garde. Telles ſont les Coutumes de Blois, de Tours, &c. qui la déferent de plein droit. Le gardien fait acte de gardien, cela ſuffit. D'autres qui exigent une ſimple déclaration en Juſtice, dans un certain temps; faute de quoi la garde eſt préſumée répudiée, *Coutume de Lorris, art.* 26; & d'autres qui fixent un temps limité pour la répudier, & audit cas faire créer au mineur un tuteur, comme Orléans, faute de quoi la garde eſt préſumée acceptée pour dommages & intérêts au profit deſdits mineurs, *Lalande, art.* 23. D'autres fixent des délais plus ou moins longs. Orléans ne donne que quinzaine: les Coutumes du grand Perche, & de Lorris, donnent quarante jours. D'autres enfin, ne déferent la garde, qu'autant qu'elle eſt acceptée en Jugement,

sans fixer aucun temps pour la demander, comme Paris.

*His positis*, quelle Coutume faut-il suivre dans cette variété de dispositions?

Il a été observé ci-devant, que la garde ne donnoit au gardien que des droits réels sur les biens de celui qui est en garde, à la différence de la tutele, qui n'a pour objet que la personne, sa défense & la protection naturellement due à son bas âge.

S'il falloit raisonner de la garde comme de la tutele, on n'hésiteroit point à dire, qu'il suffiroit de satisfaire aux formalités de la Coutume du domicile du mineur, parce que cette Coutume ayant droit & autorité sur la personne, c'est à elle à qui il faut s'adresser à l'effet qu'elle commette spécialement & immédiatement quelqu'un pour veiller en son lieu & place. Le mandat qu'elle donne est dans le vœu du droit commun, & a lieu par-tout.

Mais puisque la garde est un droit particulier, une commission pour veiller sur les biens plutôt que sur la personne, & qu'à cette commission sont attachés des droits réels, il semble nécessaire de dire, que pour profiter de ces droits, il faut avoir commission de chaque Loi qui régit les biens; il faut recevoir ces avantages des mains & de l'autorité du Législateur qui commande aux biens, & qui seul en dispose.

Cette distinction entre la garde & la tutele, n'a pas échappé à M^e Charles du Molin, *lib.* 1, *ch. de Statutis*, où il dit, en parlant de la Garde : *Tale jus exorbitans non extenditur ultrà bona sita in loco suo. Quia hoc respectu magis est jus in res, vel in bona quam potestas in personam, etiamsi talis custos, vel administrator habeat curam personæ, quia cura quæ habet concursum juris communis benè extenditur ubique, secùs de jure faciendi fructus suos, quia est reale, nec potest locum statuentis excedere.*

C'est ce qui a déterminé Chopin, sur Paris, *lib.* 2, *tit.* 7, *n.* 5, à se ranger du parti de la Loi de la situation, quant à la jouissance des fonds. *Opinor pupillorum tutelam fructuariam quasi usumfructum, partemque fundi, prædiaria quoque lege metiendam.*

C'est par la raison de la réalité que dans le même endroit il décide, que si la garde est ouverte à Paris, où elle ne s'accepte qu'en Jugement, & qu'il y ait des biens à Blois &

à Tours, où elle eſt déférée de droit, le gardien, en faiſant fonction de gardien, jouira de droit des fruits ſitués en Touraine & à Blois, du jour du décès, quoiqu'il n'ait pas encore accepté la garde à Paris, & qu'il ne l'accepte que long-temps après.

*Quæſitum eſt an Lutetianus civis, qui octavo tantùm poſt uxoria fata menſe, naturalem cuſtodiam agnovit in foro ſui domicilii, faciat interim fructus ſuos Turonenſium prædiorum.* Et voici ce qu'il décide. *Ignobilis parens qui Lutetiam cùm liberis incolat, ubi nec forenſi ejus formulâ ſuſceperit urbanam illorum cuſtodiam, nec ſatis eo nomine dederit, fruetur nihilominus pupillari Turonum patrimonio, quorum civili Turonum more ut civis parenti illico pupillarium fundorum reditus proventuſque annui privatim, quæruntur ſub oneribus eo more indictis*, §. 346. Voyez du Molin, *art.* 41 *du tit.* 13 de la Coutume d'Auvergne.

Cette déciſion particuliere n'eſt pas néanmoins d'un grand poids pour la déciſion générale que nous demandons ; car enfin dans la Coutume de Tours, Loi de la ſituation, la garde y eſt déférée de droit à l'inſtant du décès. La Loi du domicile qui eſt à Paris, exige à la vérité une acceptation judiciaire ; mais cette acceptation ſurvenant, les deux Coutumes concourent dans le même objet, qui eſt de déférer la garde du jour du décès : ainſi point d'oppoſition en ce cas dans les deux Coutumes.

C'eſt pourquoi ſi, avant toute acceptation de garde, celui qui eſt appellé, répudioit à Paris, ou s'excluoit par quelque acte incompatible avec la garde, cette répudiation auroit à Tours inconteſtablement un effet rétroactif.

Mais je demande ſi, la garde étant ouverte dans le grand Perche, qui donne quarante jours pour l'accepter, faute de quoi elle eſt préſumée répudiée, & y ayant des biens ſitués à Orléans, qui ne donne que quinzaine pour la répudier, faute de quoi elle eſt préſumée acceptée ; ſi, dit-on, la garde ſera acceptée à Orléans, faute de l'avoir répudiée dans la quinzaine, & ſi le gardien aura encore la faculté de l'accepter ou de la répudier dans le grand Perche, qui donne quarante jours.

Si le principe de la réalité paſſe, il paroît néceſſaire d'en tirer la conſéquence, que la garde doit être acceptée ſelon

les formes preſcrites par chaque Coutume, & cette conſéquence ſubſiſteroit encore dans les Coutumes où la garde & la tutele ſont jointes enſemble de droit, parce que, quoique jointes, il faut pourtant les diſtinguer, puiſqu'elles ont des droits ſi oppoſés, comme nous l'avons obſervé ci-devant.

Dans ma Queſtion 6, des Démiſſions de biens, *pag.* 107, j'ai cru que l'acceptation de la garde devoit être faite ſuivant les formalités de chaque Coutume. J'ai regarde ces formalités comme attachées aux choſes mêmes qui tombent en garde, & j'ai penſé qu'à l'*inſtar* des formalités des retraits, il faut les obſerver telles qu'elles ſont preſcrites dans chaque Coutume, & je l'ai penſé ainſi, emporté par la ſévérité des principes.

C'eſt le ſentiment de Guerin, ſur Paris, *art.* 269. C'eſt celui de le Maître, en ſon Commentaire ſur la même Coutume. Mais je l'avoue, je n'ai pas ſenti pour lors tous les contre-coups de cette déciſion ; j'ai tiré une conſéquence exacte des principes généraux : mais faut-il, en matiere de Juriſprudence, & ſur-tout par rapport à des queſtions qui naiſſent de l'antipathie de nos Coutumes ; faut-il, diſons-nous, être ſi Logicien ? & n'y auroit-il point lieu de s'écarter de cette grande ſévérité de conſéquences pour ſuivre un parti plus convenable au bien de la ſociété civile ?

Je conviens que la garde dépend de la Loi de la ſituation des biens, pour régler la nature des biens qui entrent dans la garde, en fixer la durée & déterminer les perſonnes qui peuvent l'accepter ; mais de-là doit-on conclure que celui qui eſt appellé dans pluſieurs Coutumes à être gardien, puiſſe avoir le choix de ſe porter gardien dans une Coutume, & ne l'être pas dans une autre, ou puiſſe être forcé de l'être dans l'une, & de ne pas l'être dans l'autre, ſuivant qu'il aura obſervé ou n'aura pas obſervé les formalités qui y ſont requiſes ? Voilà le point de la difficulté.

Si l'on admet que celui qui eſt gardien dans une Coutume eſt dès-lors tenu indiſtinctement, & indépendamment de toute contribution, de tous les arrérages des dettes annuelles du mineur ( Queſtion que nous diſcuterons ci-après ) celle que nous propoſons préſentement intéreſſeroit notablement les gardiens, & au contraire elle ſeroit beaucoup moins intéreſſante pour eux, ſi on admet la contribution des d ces

On agite une queſtion qui peut avoir quelque dépendance avec celle-ci, qui eſt de ſavoir ſi la garde peut ſe ſincoper à l'égard des enfants, c'eſt-à-dire, ſi un gardien peut l'être de l'un, & ne pas l'être des autres. Les avis ſont partagés, & il n'y a aucune déciſion, ni préjugé ſur cette queſtion particuliere ; mais quand on admettroit que la garde peut ſe ſincoper à l'égard des enfants, ce ne ſeroit pas encore une raiſon pour la ſincoper à l'égard des différentes Coutumes, de maniere que l'on pût être gardien d'une perſonne dans une Coutume, & ne pas l'être dans une autre qui y appelle également.

Il eſt vrai que chez les Romains la tutele pouvoit ſe diviſer ; on nommoit pluſieurs tuteurs ſuivant les cas, comme lorſque les biens étoient trop diſperſés : mais la tutele n'eſt pas une fonction volontaire, & il n'étoit pas juſte que le ſecours que l'on doit à un mineur, fût préjudiciable à un tuteur, & le réduisît à une eſpece d'impoſſibilité.

Mais la garde eſt toute volontaire en ſoi ; c'eſt une adminiſtration lucrative que la Loi préſente au gardien, qu'il peut accepter, ou ne pas accepter ; & il n'y a pas de raiſon que l'ayant répudiée dans une Coutume, on le force de l'accepter dans l'autre, ou que l'ayant acceptée dans l'une, il ne puiſſe pas la répudier dans l'autre.

Cependant cela peut arriver par la rencontre des différentes Coutumes, & dans des cas qui pourroient être très-onéreux au gardien. Par exemple, pour ne point ſortir de notre eſpece, la ſucceſſion eſt ouverte au grand Perche, qui donne quarante jours pour accepter la garde, ſinon elle eſt préſumée répudiée : il la répudie effectivement dans les quarante jours ; mais il y a des biens à Orléans, où, faute de l'avoir répudiée dans la quinzaine, elle eſt préſumée acceptée. Cet homme ne veut pas être gardien, & néanmoins il le ſera forcément à Orléans, expoſé peut-être à payer généralement toutes les dettes.

J'avouerai que la rigueur des principes exige que l'on ſatisfaſſe dans chaque Coutume aux formalités de chacune d'elles. Mais je voudrois pouvoir dire, contre la ſévérité des regles, qu'il ſuffit d'accomplir la formalité preſcrite par la Loi du domicile, où la garde eſt ouverte, & ce parti n'eſt pas déraiſonnable, & paroît très-naturel ; car dans une matiere auſſi difficile, & où il eſt preſque impoſſible de concilier les

différentes Coutumes, il ſemble néceſſaire de faire ployer les principes, pour ne pas tomber dans des injuſtices manifeſtes. Ce parti peut être même appuyé de raiſons.

Un teſtateur a des biens répandus en différents endroits : il fait ſon teſtament, eſt-il néceſſaire que le teſtament ſoit revêtu de toutes les formalités preſcrites par les différentes Loix de la ſituation ?

Un homme accepte une ſucceſſion par bénéfice d'inventaire, ſuivant les formes preſcrites par la Coutume de Paris, où la ſucceſſion eſt ouverte ; il y a des biens ſitués en Normandie, où l'entérinement des Lettres eſt aſſujetti à certaines formalités particulieres ; faudra-t-il, après avoir obſervé les formalités de Paris, ſuivre encore celles de Normandie ?

Ainſi la garde acceptée ou répudiée dans la Coutume du domicile, doit influer dans toutes celles où il y a des biens ſujets à la garde, comme l'acceptation ou la répudiation d'une ſucceſſion influe par-tout : les différentes formalités requiſes pour l'acceptation de la garde, ne ſont toujours que des formes différentes ; & le principe eſt, que quand on ſatisfait aux formalités du lieu où ſe paſſe un acte, cet acte a force & vigueur par-tout ; car ici les différentes formes ne tombent que ſur l'acceptation, & on peut dire qu'elles ſont requiſes pour former le lien du gardien : dès-lors il ſuffit que l'acceptation ſe faſſe, & qu'elle ſe faſſe ſuivant les formes du lieu où on accepte ; & dans ce ſyſtême on évite bien des embarras.

Renuſſon, en ſon *Traité de la Garde*, agite cette même Queſtion, *chap. 6*, & il décide pour une ſeule acceptation. Que dira-t-on, par exemple, dans cette eſpece ? » Deux » conjoints ſont demeurants en la ville de Tours. La femme » décede laiſſant des enfants mineurs. Il y a dans la ſucceſſion » non-ſeulement des biens en Touraine, mais auſſi en la Prévôté » & Vicomté de Paris.

» La Coutume de Touraine ne diſant point que la garde » doive s'accepter en Jugement, & déférant la garde de plein » droit, on demande ſi le ſurvivant des pere & mere, qui a » la garde de plein droit par la Coutume de Touraine, eſt » tenu d'accepter la garde en Jugement à Paris, ſoit en per- » ſonne, ou par procureur fondé de procuration, pour faire les » fruits ſiens, des biens ſitués en la Prévôté & Vicomté de

» Paris ; ou ſi, n'ayant point accepté la garde à Paris, il ne » fait les fruits ſiens que des biens ſitués en la Coutume de » Touraine, qui donne la garde-noble de plein droit, ſans » qu'il ſoit beſoin de l'accepter en Jugement.

» Ce cas reçoit plus de difficulté que le cas précédent ; car » dans le cas précédent, la garde étoit ouverte à Paris, où les » pere & mere étoient demeurants, & le ſurvivant des pere » & mere avoit accepté la garde en Jugement. Il n'y a rien » qui empêche que la garde-noble, acceptée en Jugement à » Paris, ne s'étende ſur les biens de Touraine, où la garde » eſt attribuée de plein droit au ſurvivant des pere & mere, » ſans qu'il ſoit beſoin de l'accepter en Jugement ; mais il y » a plus de difficulté ſi la garde-noble attribuée de plein droit » par la Coutume de Touraine, s'étendra auſſi de plein droit » ſur les biens de la Coutume de Paris, qui n'attribue pas la » garde-noble de plein droit, & qui veut que la garde ſoit » acceptée en Jugement.

» On pourra dire, que le plus comprend le moins ; mais » que le moins ne comprend pas le plus ; que la garde-noble » n'ayant point été acceptée en Jugement en Touraine, parce » que la Coutume ne deſire pas qu'elle ſoit acceptée en » Jugement, elle ne doit pas s'étendre ſur les biens de la » Coutume de Paris, qui veut expreſſément que celui à qui » la garde eſt déférée, ſoit tenu de l'accepter en Jugement ; » qu'il eſt néceſſaire que le ſurvivant des pere & mere, qui » ont leur domicile en Touraine, accepte à Paris en Jugement » la garde, ou en perſonne, ou par Procureur, s'il veut faire » ſiens les fruits des biens de la Coutume de Paris ; qu'il faut » obſerver les formalités & ſolemnités preſcrites par la Cou- » tume de Paris, ſi on veut jouir du bénéfice de la Coutume, » & du droit qu'elle attribue, par la raiſon que les Coutumes » reglent les biens qui ſont dans leur étendue. Néanmoins il » ſemble raiſonnable de conclure, que le ſurvivant des pere » & mere, qui ont été demeurants en Touraine, où la garde- » noble eſt attribuée de plein droit, doit faire les fruits ſiens, » non-ſeulement des biens ſitués en Touraine, mais auſſi de » ceux à Paris, & qu'il n'a pas beſoin de faire une acceptation » de la garde-noble à Paris en Jugement, par la raiſon que » le droit de garde lui eſt acquis par la Coutume de ſon » domicile, qui ne deſire pas que la garde ſoit acceptée en

» Jugement. Il faut faire grande différence entre le droit que » les Loix & Coutumes attribuent & déferent, & les ſolemnités » & formalités que les mêmes Loix & Coutumes preſcrivent, » pour jouir du droit. Nous avons rapporté l'exemple des » Teſtaments.

» Il ſuffit qu'un teſtament ſoit revêtu des ſolemnités requiſes » par la Coutume du lieu où il a été paſſé ; le teſtament eſt » bon & valable, même pour les biens ſitués en d'autres » Coutumes, qui requierent d'autres ſolemnités que celles » preſcrites par la Coutume où il a été paſſé. On peut dire » la même choſe pour la garde-noble. Il n'eſt pas néceſſaire » que le ſurvivant des pere & mere, qui eſt demeurant en » Touraine, aille à Paris faire l'acceptation de la garde en » Jugement, pour faire les fruits ſiens des biens ſitués en la » Coutume de Paris. La raiſon eſt que les perſonnes qui ſont » demeurants dans une Coutume, ne penſent qu'à obſerver » ce qui eſt requis par la Coutume de leur domicile, & » ignorent ſouvent ce qui eſt requis par les autres Coutumes ; » autrement ce ſeroit admettre pluſieurs ſortes de gardes en » une même perſonne. «

Suivant cet avis, que j'embraſſe volontiers, il faudra, pour la forme & les délais de l'acceptation, obſerver ce qui eſt requis dans la Coutume du domicile où la garde eſt ouverte.

Dans l'eſpece que Renuſſon s'eſt faite, il feint le gardien domicilié à Tours, & qu'il y a des biens à Paris, & il préſuppoſe qu'il peut être gardien à Paris, ce que je ne ſaurois admettre, ni dans le cas du pere roturier qui n'eſt pas bourgeois de Paris, ni dans le cas de l'aïeul noble qui n'eſt pas domicilié dans la Prévôté & Vicomté, comme je l'ai obſervé ci-devant. La Coutume de Paris exigeant, comme diſpoſition réelle, la qualité de bourgeois de Paris pour les roturiers, ou de domiciliés dans la Coutume pour les nobles ; mais enfin, il eſtime du moins qu'il ne faut qu'une ſeule acceptation, & c'eſt pour cela que je l'emploie quant à préſent.

Mais ſi la ſucceſſion eſt ouverte dans une Coutume qui n'admet pas de garde, & que celui qui ſe préſente pour l'accepter ſoit domicilié dans un lieu qui ne l'admet pas non plus, & que les biens ſujets à la garde, ſoient ſitués dans différentes Coutumes qui exigent différentes formalités, quelle Coutume ſuivra-t-on ? On ne tombe pas dans le cas de cette queſtion, en

ſuivant

ſuivant la rigueur des principes & la réalité des Coutumes. L'acceptation ſera faite dans chacune des Coutumes différentes où il y a des biens; mais enfin ſi l'on veut ſe ranger du parti de dire qu'une ſeule acceptation ſuffit, il ſemble naturel d'incliner à dire que la Loi du domicile ne fixant rien, l'acceptation faite dans une des Coutumes où il y aura des biens, ſuffira pour les autres. L'acceptation eſt un contrat que le gardien fait avec le mineur : ce contrat eſt revêtu de ſes formes légitimes, quand il eſt revêtu de celles où il ſe paſſe; & un contrat une fois revêtu de ſes formes, a lieu par-tout.

Quand la garde a été dévolue & acceptée, elle ne ſe perd point, quand il ſeroit poſſible que les mineurs puſſent changer de domicile, & qu'ils iroient demeurer en Coutumes qui n'admettroient pas la garde; la raiſon en eſt, qu'ayant été valablement acceptée, elle ne peut ſe perdre que par les voies indiquées & marquées par les Loix. *Eodem modo contractus diſſolvuntur quo contrahuntur.* Et nous ne trouvons pas, dans nos Coutumes, que le changement de domicile des mineurs, faſſe jamais perdre la garde au gardien.

Cette queſtion ne peut tomber que ſur les meubles, dont le gardien n'a que la jouiſſance dans certaines Coutumes, & qu'il fait ſiens irrévocablement dans d'autres, parce que les meubles peuvent changer de ſituation quand la perſonne change de domicile, au lieu que les immeubles ont toujours une aſſiete certaine : & c'eſt par rapport aux immeubles que le changement de domicile eſt indifférent, puiſque c'eſt la Loi de la ſituation au jour de l'ouverture de la garde, qui les fait tomber en garde.

Mais ſi le changement de domicile ne change rien à la garde dévolue & acceptée, nous avons nombre de Coutumes qui la font perdre en cas de remariage, & elles ſont encore très-variées à ce ſujet.

Sans entrer dans l'énumération de ces Coutumes & de leurs diſpoſitions différentes à cet égard, nous nous contenterons de dire que les droits de la garde étant réels, il faut obſerver les différentes Coutumes de la ſituation; que par conſéquent le gardien peut la perdre dans une Coutume, & la conſerver dans une autre, en cas de remariage.

Il en eſt de ce cas comme de l'âge, qui, comme nous l'allons dire, fait finir la garde plutôt ou plus tard. Le gardien ceſſe

d'être gardien dans une Coutume, & continue de l'être dans une autre.

Le décès des gardiens, ou de ceux qui ſont en garde, fait encore finir, dans les pays coutumiers, la garde; ſavoir, irrévocablement dans le cas du décès du gardien, parce que jamais la garde ne ſe réitere, & dans le cas du décès de celui qui eſt en garde, elle finit pareillement, ſuppoſé néanmoins que tous les enfants qui ſont en garde meurent tous avant que d'être ſortis de garde; car tant qu'il y en a un d'eux qui ſurvit étant en garde, la garde ſubſiſte pour tous les biens qui y ſont entrés, & qui appartenoient à ceux qui ſont décédés, & ce par la voie de l'accroiſſement qui ſe fait au profit du ſurvivant, des portions tombées dans la garde. C'eſt le ſujet de la note de M^e Ch. du Molin ſur l'*art.* 164 de la Coutume du Bourbonnois, ſur ces mots: » ſi leſdits enfants meurent avant » ledit temps, l'uſufruit & adminiſtration ſont finis. *Scilicet omnes ſine liberis, quia quandiu unus filiorum, vel ſtirpe naturali, & legitima ſupereſt, illi accreſcit.*

Chaſſeneuz, ſur Bourgogne, *rub.* 6, des enfants de pluſieurs lits, § 5, *in textu*, ſéparés de leur pere *in princip.* diſtingue entre les pays de droit écrit & les pays coutumiers: quant aux premiers, il prétend que l'uſufruit que le pere a ſur les biens de ſes enfants à raiſon de la puiſſance paternelle, dure & ſubſiſte même après ſa mort; mais que dans les pays coutumiers ce droit d'uſufruit s'éteint par ſa mort: voici comme il parle.

*Quidam nobilis qui habebat ſolum & unicum filium qui in minori ætate ab humanis deceſſit, habens bona in Comitatu Burgundiæ, & ſic in patria juris ſcripti quoad hunc caſum, & in Ducatu Burgundiæ, & ſic extra patriam juris ſcripti, ſed in terminis hujus conſuetudinis, cujus filii adminiſtrationem habebat pater, corporis ſcilicet, & bonorum, quia mortua erat ejus mater, dubitatum fuit nunquid pater deberet ſemper habere uſumfructum bonorum illius.* Il agite d'abord la queſtion en faveur du pere; mais il dit enſuite: *credo quod in bonis quæ ſunt in Comitatu Burgundiæ, hoc verum eſt, & non eſt dubium, quia ibi ſunt in hoc articulo in patria juris ſcripti; ſed in bonis quæ ſunt ſita in Ducatu Burgundiæ ex conſuetudine noſtra, quæ ibi viget, aliud dicendum eſt, quia in illis pater ad uſumfructum poſt mortem non admittitur.... filius enim mortuus non eſt amplius in*

*minori ætate, & ad minùs eſt ſeparatus à patre, quia mors omnia ſolvit. Et* n. 10, *pater non debet habere uſumfructum in bonis filii prædefuncti ubi viget hæc noſtra conſuetudo; ſcilicet in Ducatu Burgundiæ. Ubi tamen eſſemus in patria juris ſcripti, pater haberet uſumfructum per textum in §. fin. vero.*

## *QUATRIEME QUESTION.*

*De quels biens le gardien doit-il jouir?*

Nous avons quelques Auteurs qui prétendent que la garde eſt toute perſonnelle, & qui, ſur ce fondement, décident que celui qui par la Coutume du défunt a droit de garde, a en conſéquence le même droit dans toutes les autres Coutumes indiſtinctement, où il y a des héritages. C'eſt, entre autres Auteurs, l'avis de M. Denis Simon, Conſeiller à Beauvais, dans ſon petit Traité des Statuts, étant à la fin de ſa Bibliotheque hiſtorique.

Challine, au contraire, dans ſa méthode pour l'intelligence des Coutumes, où il traite des Statuts, *pag.* 290, prétend que la garde ſe regle ſelon le lieu de la ſituation, & qu'elle regle plutôt le droit en la choſe que la perſonne.

Nous avons dit ci-devant que la garde avoit les biens pour objet direct & principal, *magis eſt jus in rem quàm in perſonam.*

D'où il eſt facile de conclure que les droits de la garde ſont réels, & ſe reglent par la Coutume de la ſituation des biens.

C'eſt pourquoi on ne doit point conſidérer, quant aux biens, le domicile de celui qui eſt en garde, mais la ſeule Loi de la ſituation.

Cela eſt inconteſtable dans la garde-royale. Le Roi ne jouit que des fiefs ſitués dans la Coutume de Normandie, & non de ceux ſitués ailleurs. V. la note de M. Julien Brodeau, ſur l'*art.* 215 de cette Coutume.

Ainſi ſi un mineur étoit domicilié dans une Coutume qui n'admît pas la garde, il n'y auroit pas de gardien dans cette Coutume, & les biens qui y ſeroient ſitués ne tomberoient pas en garde; mais s'il avoit des biens ſitués dans des Coutumes qui admettent la garde, ces biens y tomberoient, &

le gardien ne jouira, dans chacune de ces Coutumes, que des biens qui ſont accordés par icelles.

Par la même raiſon de la réalité, la jouiſſance du gardien finira dans une Coutume & ſubſiſtera dans une autre, ſi la durée en eſt différente dans ces Coutumes.

Dans le cas où celui qui eſt en garde ſe trouvera domicilié dans une Coutume qui n'admet pas la garde, jamais le gardien ne pourra profiter des meubles, ni en propriété, ni en uſufruit, parce que c'eſt la Loi du domicile de celui qui eſt en garde qui régit les meubles, comme Loi réelle, & que dans le fait la Loi du domicile n'admet point de garde.

## *CINQUIEME QUESTION.*

### *Quelles ſont les charges dont eſt tenu le Gardien ?*

Comme nos Coutumes ont ſur la garde des mineurs des diſpoſitions très-différentes, il en réſulte, ſur le paiement des dettes, des queſtions très-difficiles.

Quelques-unes n'admettent aucune garde. Châlons, *art.* 10.

D'autres n'admettent que la garde-noble. Anjou, *art.* 88 *in fine ;* Mantes, *art.* 178 ; Clermont, *art.* 176.

D'autres admettent la noble & la bourgeoiſe. Paris, Berry.

Quelques-unes ne font tomber dans la garde que les fiefs, & non les biens tenus en rotures & cenſives.

D'autres y font tomber également les fiefs & les rotures.

Entre toutes ces différentes Coutumes, les unes chargent le gardien indéfiniment de toutes les dettes mobiliaires & perſonnelles, & indéfiniment encore des arrérages de rentes & charges annuelles, Paris. Les autres ne le chargent, quant aux arrérages à écheoir, que juſqu'à concurrence des fruits, Berry, & cela quant aux gardes bourgeoiſes.

Entre les Coutumes qui chargent des dettes mobiliaires & perſonnelles indéfiniment, il y en a qui donnent au gardien les meubles en propriété, & indiſtinctement la jouiſſance des fiefs & des rotures. Berry, quant aux gardes-nobles, *tit.* 1, *art.* 22, 23, 24, 25, 26. D'autres donnent également la propriété des meubles, mais ne donnent que la jouiſſance des ſimples fiefs. Melun.

D'autres ne donnent que l'adminiſtration des meubles,

mais donnent la jouiſſance de tous les biens nobles ou roturiers. Paris.

Or un homme, après le décès duquel les enfants tombent en garde, peut avoir des biens ſitués dans toutes ces différentes Coutumes ; dont les unes n'admettront la garde, ni noble, ni bourgeoiſe ; d'autres admettront l'une & l'autre. Les unes accorderont la propriété des meubles, les autres la ſimple adminiſtration. Les unes n'accorderont la garde que des fiefs, les autres des fiefs & des rotures. Les unes chargeront indéfiniment des dettes mobiliaires & perſonnelles, & les autres juſqu'à concurrence des fruits & revenus.

*His poſitis*, comment réglera-t-on la garde par rapport au paiement des dettes ?

Avant que de répondre à la queſtion, il eſt bon de dire quelque choſe de la maniere dont les dettes ſe paient entre héritiers. Ces notions préliminaires pourront ſervir à l'éclairciſſement de la queſtion.

Tout le monde ſait qu'il y a des Coutumes qui chargent l'héritier qui recueille les meubles, de toutes dettes mobiliaires, & qui par rapport aux autres dettes, en ordonnent la contribution entre tous les autres héritiers, au *prorata* de ce qu'ils prennent dans les immeubles, ou de telle autre maniere dont la Loi de la ſituation l'exige.

Il y en a où les dettes mobiliaires & immobiliaires ſe contribuent au *prorata* entre les hétitiers des meubles & des immeubles.

Dans ces circonſtances, un homme qui décede laiſſe très-communément, dans ſa ſucceſſion, des meubles & des immeubles, & ceux-ci ſont très-ſouvent ſitués dans différentes Coutumes.

Il n'y a pas de difficulté par rapport au paiement des dettes entre co-héritiers, que c'eſt la Loi du domicile du défunt qui regle s'il y aura contribution, ou s'il n'y en aura pas ; de ſorte que ſi le défunt eſt domicilié dans une Coutume où les meubles ſont chargés des dettes mobiliaires, c'eſt à l'héritier des meubles à payer toutes ces dettes mobiliaires, les héritiers des immeubles n'en doivent rien ; de maniere même que ſi l'héritier des propres ſe trouve créancier d'une ſomme mobiliaire, il ne confondra rien de ſa créance, parce qu'il ne prend rien

dans les meubles sur lesquels seulement le paiement des dettes passives-mobiliaires est assigné. V. Ricard, des Donations, 3^e *partie*, *n.* 1510; & Lebrun, des Successions, *liv.* 4, *chap.* 2, *sect.* 3, *n.* 17.

La raison de cette Jurisprudence, est la seule volonté de la Loi; elle n'accorde la propriété des meubles d'un défunt que sous cette charge; si l'on veut profiter du bénéfice, il faut acquitter la charge, l'un ne marche pas sans l'autre.

1^re QUESTION. Mais en faut-il dire de même du gardien, qui, en sa qualité de gardien, prend les meubles, soit en propriété, soit en usufruit, dans les Coutumes qui le chargent des dettes mobiliaires?

2^de QUESTION. Je demande en second lieu, si le gardien, chargé d'acquitter les dettes mobiliaires & personnelles, & les arrérages des rentes & dettes annuelles, mais qui ne jouit pas des biens situés en Coutumes où la garde n'a pas lieu, paiera indistinctement toutes les dettes mobiliaires, & tous les arrérages des rentes courantes pendant la garde, ou s'il ne paiera que la portion des dettes qui, par la contribution, doit être supportée par les biens dont il jouit; de sorte que s'il y a des biens situés en Coutumes qui n'admettent pas la garde, il ne doive pas la portion des dettes que ces biens doivent supporter dans la contribution entre héritiers.

## *PREMIERE QUESTION.*

### *Sur les Charges & Dettes.*

Quant à la premiere question, nous observerons d'abord que quand nos Coutumes parlent des dettes mobiliaires & personnelles, il ne faut pas séparer ces deux choses, elles entendent parler de celles qui sont tout à la fois personnelles & mobiliaires; *quæ de mobilibus debentur per actiones personales*. Elles sont personnelles, parce qu'elles sont dues par la personne, & mobiliaires, comme tendantes à un meuble; mais nos Coutumes n'entendent pas parler des dettes mobiliaires d'une part, & personnelles d'autre, mobiliaires ou immobiliaires.

Il faut distinguer entre les dettes personnelles-mobiliaires, & les dettes personnelles-immobiliaires; car il est des dettes

perſonnelles, mais immobiliaires, telles que ſont les rentes; & nos Coutumes, quant à ce, n'aſſujettiſſent pas le gardien au paiement du fonds de ces rentes, mais aux ſimples arrérages d'icelles. Ce qui a fait dire à Me Charles du Molin, ſur l'*art.* 252 de la Coutume du Maine, qui aſſujettit l'héritier qui prend les meubles, à payer les dettes perſonnelles & arrérages des rentes, *tamen non dicit*, la rente en ſoi.

Il ne ſuffit donc pas, par rapport aux dettes mobiliaires dont le gardien eſt tenu, qu'elles ſoient mobiliaires, il faut encore qu'elles ſoient perſonnelles; c'eſt-à-dire, il faut que le défunt ait pu être pourſuivi au paiement de ces dettes en vertu d'un engagement par lui perſonnellement contracté, & de-là naît la queſtion de ſavoir, de quoi le gardien ſeroit tenu dans le cas d'une action en revendication d'un meuble; car cette action en revendication, fût-ce d'un meuble, eſt réelle, *nec enim actio minus realis eſt quæ fiendum aliquod mobile continet & vindicat, ſolum enim dominium vindicatum abſque præmiſſa promiſſione facit realem ſive ſit aliquod mobile, ſive ſit prædium, aut latifundium.* Ce gardien, qui aura enviſagé l'uſage ou la propriété d'un meuble conſidérable, ou la jouiſſance d'une grande terre qu'il trouve dans une ſucceſſion, mais dont il eſt évincé par revendication, ſouffriroit un dommage conſidérable de l'éviction : car la Coutume ne le charge pas de cette dette, qui n'eſt pas perſonnelle, & il ſemble qu'il devroit être indemniſé juſqu'à due concurrence du profit qu'il eût eu de la choſe évincée; il n'eût pas accepté ſi le cas avoit pu ſe prévoir. Voyez d'Argent. *art.* 273 de la Coutume de Bretagne. Voyez *Burg. tract.* 3, *n.* 3, *ad conſ. Flandriæ.*

Nous obſerverons, en ſecond lieu, que quand nous parlons d'arrérages de rentes, nous n'entendons pas parler d'arrérages de rentes foncieres dont certains biens peuvent être chargés, & dont le gardien ne jouiroit pas; mais de toutes autres rentes, même hypothécaires, parce que les rentes foncieres ſont charges réelles des héritages, & que les autres ſont des dettes volantes & qui ſe répandent ſur tous les biens. Auſſi la Loi *ſi fideicommiſſum*, dont nous allons parler, excepte-t-elle ces ſortes de rentes foncieres de la regle générale, *ſi forte certis oneribus deſtinatum ſit id patrimonium.*

Cela préſuppoſé, venons à notre queſtion. Le gardien qui prend les meubles dans une Coutume où les dettes mobiliaires & perſonnelles ſont la charge des meubles, paiera-t-il indiſtinctement toutes les dettes mobiliaires & perſonnelles ?

Le principe eſt que *æs alienum, totum patrimonium imminuit. L. ſi fidei commiſſum*, §. 1, *ff. de judiciis*, &, ſuivant ce principe, les dettes mobiliaires & immobiliaires ſe répandent également ſur les meubles comme ſur les immeubles.

Mais cette maxime ceſſe dans les Coutumes qui chargent les meubles, en particulier, des dettes mobiliaires. La raiſon en eſt, que la Loi eſt maîtreſſe de nos biens ; elle les dirige, elle en diſpoſe comme elle le juge à propos, & de-là cette diverſité de Coutumes au ſujet du paiement des dettes dans les ſucceſſions ; mais quelles que puiſſent être ces diſpoſitions des Coutumes, il faut les exécuter, chacune en particulier, autant qu'il eſt poſſible.

Mais dans ce ſyſtême, le gardien ſera donc tenu indéfiniment des dettes perſonnelles-mobiliaires, & arrérages des rentes au-delà de la valeur des meubles, ou même du juſte produit que l'adminiſtration d'iceux peut lui procurer.

La raiſon du doute vient de ce que le gardien n'eſt pas un ſucceſſeur univerſel.

En effet, nous avons quelques Coutumes, comme Berry, qui, par rapport à la garde, n'aſſujettiſſent le gardien aux dettes, que juſqu'à concurrence du bénéfice & non plus avant, & ces diſpoſitions ſont conformes à pluſieurs notes de Me Ch. du Molin.

Cet Auteur, ſur l'*art.* 99 de l'ancienne Coutume de Paris, a eſtimé que la charge de gardien de payer les dettes, n'étoit que juſqu'à concurrence du profit qu'il faiſoit dans la garde. *Pro rata tantùm bonorum etiamſi ſua faciat mobilia, unde ſolent facere inventarium ad clarificationem, & ne teneantur ultrà.* La raiſon qu'il en apporte, eſt que *Statutum eſt per arreſtum, quod qui non capit mobilia, tanquam hæres, non tenetur ad debita niſi pro rata bonorum, ſi conſtet.*

Le même, ſur l'*art.* 90 de la Coutume d'Amiens, qui charge celui qui prend à titre univerſel les biens-meubles d'un défunt,

ſunt, de toutes les dettes perſonnelles, nous avertit qu'il n'y a de titre univerſel que celui de ſucceſſion, & que tout autre titre eſt toujours un titre particulier.

Voici comme il s'explique ſur ces mots, à titre univerſel, *ſcilicet ſucceſſionis, ſecus, ſi jure legati omnium mobilium, quia eſt titulus particularis.*

Me Ch. du Molin paroît avoir été dans une opinion ſinguliere, en diſant qu'il n'y avoit de titre univerſel que celui de ſucceſſion, & qu'il n'y avoit que celui-là qui obligeoit aux dettes. Parmi nous, le ſimple legs d'une quotité, paſſe pour un titre univerſel; mais en s'écartant de cet avis, & en reconnoiſſant d'autres titres univerſels aſſujettis aux dettes, il faut convenir qu'il n'y a que celui de ſucceſſion qui aſſujettiſſe indéfiniment à toutes les dettes, & que tous autres titres qui donnent une univerſalité, ou une quotité dans l'univerſalité, n'aſſujettiſſent que juſqu'à concurrence du bénéfice.

D'où il ſembleroit néceſſaire de conclure que le gardien n'étant pas un héritier, tout ce que l'on peut décider dans le cas propoſé, eſt que le gardien n'eſt tenu que juſqu'à concurrence du bénéfice de la garde.

Mais, malgré toutes ces raiſons, il me paroît qu'il faut décider, au contraire, que le gardien qui prend les meubles, ſoit à titre de propriété, ſoit à titre d'uſufruit, eſt tenu indéfiniment de toutes les dettes perſonnelles-mobiliaires, ſi la Loi qui donne les meubles, ſoit en adminiſtration, ſoit en propriété, (& cette Loi doit toujours être celle du domicile du défunt) y aſſujettit indéfiniment, & cela par le principe que j'ai expoſé ci-devant, que la Loi eſt la maîtreſſe de nos biens, & qu'elle en diſpoſe comme elle le juge à propos; joint que l'acceptation de la garde opere l'effet d'un forfait, & d'un contrat dreſſé par la Loi elle-même, qui doit être pleinement exécuté par le gardien, & ce contrat eſt de rendre la garde quitte, & celui qui eſt en garde déchargé de toutes dettes perſonnelles-mobiliaires, quand la Loi du domicile du défunt qui la défere, le veut ainſi.

L'*art.* 238 de la Coutume de Paris, peut autoriſer cette déciſion: cet article accorde la faculté au ſurvivant noble, quand il n'y a point d'enfants, de prendre les meubles hors la ville & fauxbourgs de Paris, & le charge de payer les dettes mobiliaires & les frais funéraires du prédécédé.

Cet article ne donne pas tous les meubles indiſtinctement; mais les meubles hors la ville & fauxbourgs, qui ne ſont pas ordinairement, ni les plus précieux, ni les plus abondants.

Cependant cet article charge indéfiniment le ſurvivant, qui prend les meubles en queſtion, de payer les dettes mobiliaires.

Or, dans cette eſpece, perſonne ne s'eſt aviſé de propoſer qu'il fallût faire une contribution de dettes mobiliaires. V. Dupleſſis, Traité de la communauté, *liv.* 2, *ſect.* 6. Lebrun, des Succeſſions, *liv.* 1, *ch.* 7, *n.* 55. Il eſt pourtant vrai que la Coutume de Paris, entre héritiers, contribue les dettes *pro rata emolumenti.*

L'eſpece que nous venons de traiter, regarde les Coutumes qui chargent en particulier les meubles des dettes mobiliaires, & qui en conſéquence y aſſujettiſſent les gardiens; mais ſi la Coutume du domicile qui régit les meubles, ordonnoit une contribution entre les héritiers, nous retombons, par rapport au gardien, dans l'examen de la ſeconde queſtion.

## *DEUXIEME QUESTION.*

Dans les Coutumes de contribution, les dettes, tant mobiliaires qu'immobiliaires, ſe diſtribuent entre les héritiers ſur tous les biens de la ſucceſſion, en quelques Coutumes qu'ils ſoient ſitués. Il s'agit, dans notre deuxieme queſtion, de ſavoir, ſi dans ces Coutumes le gardien ne paiera les dettes que pour la portion que doit ſupporter chaque Coutume où les biens ſont ſitués, & dont il jouit à titre de gardien, enſorte qu'il ne ſoit pas obligé de payer la portion des dettes régalées ſur les biens ſituées en Coutumes qui ne reconnoiſſent pas la garde, & où le gardien ne jouit de rien, ou s'il les paiera toutes indiſtinctement & ſans avoir égard à ce qu'il ne jouit pas de tous les biens.

Sur cette queſtion on ne manque pas de rappeller le principe que nous avons cité ci-devant, qui eſt que *æs alienum totum patrimonium imminuit;* que les dettes ne ſe paient pas ſur les biens d'une ſeule Coutume, mais en général ſur tous les biens par contribution, & au *prorata* des biens.

Que cette contribution ſe fait de droit, & à l'inſtant même

de l'ouverture de la ſucceſſion dans les Coutumes de contribution.

Qu'elle a lieu avant toute acceptation de la garde, enſorte que les dettes une fois régalées ſur tous les biens lors de l'acceptation de la garde, il s'eſt fait un paiement légal des dettes par tous les biens de la ſucceſſion du prédécédé, au moyen de quoi, & de cette opération faite par la Loi, quand le gardien accepte la garde, il s'enſuit qu'il ne s'eſt uniquement obligé qu'à acquitter le mineur de la part des dettes que doivent ſupporter les biens dont il jouit.

Que la maxime qui *garde-prend, quitte le rend*, doit s'interpréter de maniere que le gardien, en rendant la garde, ait acquitté ſon mineur des dettes pour la portion dont les biens ſujets à la garde peuvent être tenus dans la contribution.

Que les Coutumes admettant la contribution d'une part, & déférant la garde d'autre, n'ont pu enviſager que la portion des dettes à ſupporter par les biens qui tombent en garde.

Je trouve dans des Conſultations qui furent faites ſur cette queſtion même, à l'occaſion de différentes conteſtations qui s'éleverent entre MM. de Moras & la Demoiſelle leur ſœur, dont je vais parler enſuite, différents moyens qui furent allegués, & que j'ai cru devoir expoſer ici.

On diſoit, en faveur de la contribution, que la garde étant réelle pour ce qui concerne l'émolument, il n'eſt pas poſſible de ne pas la juger réelle pour les charges qui ſont diviſibles de leur nature; que la Coutume du domicile ne doit pas avoir un pouvoir plus étendu pour les charges de la garde, que pour l'émolument; & comme il eſt reſtreint aux biens du territoire, les charges doivent être diminuées dans la même proportion.

Les dettes ſont une charge du patrimoine entier : celui qui eſt tenu des dettes ſuivant une Coutume, n'en eſt chargé qu'autant que cette Coutume peut l'en charger; c'eſt à-dire, dans la proportion des biens dont elle diſpoſe, & que le ſentiment oppoſé eſt contraire à tous les principes.

Quand un homme contracte des dettes, il aſſujettit au paiement d'icelles tous ſes biens; & quand il meurt, ce n'eſt pas tel & tel corps de biens qui doit; mais c'eſt l'hérédité entiere, & c'eſt la raiſon de la contribution.

Or, cette opération étant faite par la Loi, quand le gardien accepte la garde, il s'enſuit qu'il s'eſt uniquement obligé à acquitter le mineur des dettes qui doivent être prélevées ſur les biens ſujets à la garde. De même que chaque Coutume ne conſidere en ſes diſpoſitions que les biens qui ſont en ſon détroit, de même auſſi chaque Coutume ne conſidere que les dettes qui ſont aſſiſes, pour ainſi dire, ſur les biens ſitués dans ſon territoire.

Qu'autrement il n'y auroit pas de juſtice, parce qu'il n'eſt rien de ſi naturel que de garder une juſte proportion entre l'émolument & les charges, & qu'il eſt juſte que les charges ceſſent où ceſſe l'émolument.

On pouſſe le raiſonnement plus loin ; on prétend même qu'il n'y auroit pas de raiſon pour le faire autrement, & l'argument eſt ſingulier. Le principe eſt, dit-on, en matiere de Statuts réels, qu'ils ne doivent jamais ſortir de leur territoire.

Or, le Statut qui refuſe au gardien la jouiſſance des biens du mineur, ſortiroit de ſon territoire, en ce que, par exemple, les biens de Paris ſupporteroient les charges que les biens de la Coutume, qui n'admet pas la garde, devroient naturellement ſupporter ; ce qui feroit, pour cette Coutume, une ſucceſſion ſans dettes, au détriment & à la charge des biens régis par la Coutume de Paris.

On fait un dilême : les rédacteurs, dit-on, ont regardé la garde ou comme un Statut perſonnel, ou comme un Statut réel.

Au premier cas, ils ont entendu que le gardien auroit les fruits de tous les immeubles, en quelques endroits qu'ils ſoient ſitués, & ce ſeroit dans cette opinion que l'on pourroit dire, qu'ils l'auroient chargé de toutes les dettes mobiliaires, nourritures, &c. mais dès que l'on prive le Statut de tout ſon effet & qu'on en réduit la jouiſſance, il faut en réduire les charges.

Au ſecond cas, & ſi le Statut qui donne la jouiſſance de tous les immeubles les réduit à ceux ſitués dans la Coutume, pourquoi ne réduira-t-on pas les termes généraux de dettes & arrérages de rentes ?

Si on n'admet pas, ajoute-t-on, la contribution des dettes de Coutumes à Coutumes, ces mêmes Coutumes ſe choque-

ront perpétuellement, & rendront le paiement des dettes preſqu'impoſſible. Par exemple, qu'un homme meure dans la Coutume de Paris, & ait des propres ſitués dans une Coutume où l'héritier des propres doit être acquitté par l'héritier des meubles & acquêts, il ſeroit impoſſible de donner effet à ces différentes Coutumes, ſans ſuppoſer que les dettes ſont charges de tout le patrimoine du défunt, & ſans établir une contribution. Or, l'admettre dans le cas de la garde, ce n'eſt que pratiquer dans un cas particulier, ce qui eſt établi généralement par-tout le Royaume pour le paiement des dettes.

Qu'on n'oppoſe pas l'*art.* 238, qui donne au ſurvivant des conjoints nobles, le droit de prendre, en pleine propriété, les meubles ſitués hors la ville & fauxbourgs de Paris, à la charge de payer les dettes mobiliaires. C'eſt à la propriété des meubles que la charge eſt attachée; mais dans la garde-noble elle eſt principalement attachée à la jouiſſance des immeubles.

Ainſi, quand elle n'eſt pas en état de lui livrer tout ce qu'elle lui offre, c'eſt-à-dire, la jouiſſance généralement de tous les immeubles, la charge doit diminuer à proportion.

On prétend que cet avis eſt fondé ſur la déciſion des Auteurs qui ont traité cette queſtion. Ferriere, dans ſa grande Compilation, l'agite expreſſément; & il s'appuie, dans le parti qu'il prend pour la contribution, ſur deux notes de Me Ch. du Molin, miſes ſur l'*art.* 99 de la Coutume de Paris. Nous avons ci-devant rapporté la premiere, où Me Charles du Molin, parlant des dettes dont le gardien eſt tenu, dit: *Pro rata tantùm bonorum, &c.*

Voilà la ſeconde note: *Rex in Normania utitur*, du bail, *omnium minorum nobilium, & ſolvit debita. Dominus* de Rogueux, *habebat bona in multis locis. Rex ceſſit Suſannæ* de Bourbon, ſa veuve, *matri pupilli totum jus* du bail. *Reſponſum cum Chartier & Seguis, quod ſolvit pro rata bonorum, quia ceſſerat omne patrimonium, & ſic pro rata ſitorum Normaniæ, præſertim cùm ibi defunctus non haberet domicilium, & Rex non habebat* les fruits *alibi ſitorum.*

On allegue encore l'Avis de Renuſſon, le ſeul Auteur dont nous ayons un Traité, *ex profeſſo*, de la Garde, *ch.* 6, *n.* 34. » La commune opinion, dit cet Auteur, a toujours été que

» le gardien ne fait les fruits ſiens, que des biens ſitués dans » la Coutume de Paris, & qu'il doit ſeulement contribuer à » la nourriture & entretien des enfants, & au paiement des » dettes perſonnelles & mobiliaires, & arrérages de rentes, à » proportion des biens. »

On cite, pour ce parti, Dupineau, ſur l'*art.* 85 de la Coutume d'Anjou. Cet Auteur ſe range du côté de Pontanus, qui, ſur la Coutume de Blois, décide que le gardien ne paieroit pas toutes les dettes, s'il ne percevoit pas tous les fruits.

M. le Lieutenant civil le Camus, en ſon Acte de notoriété du 18 Janvier 1701, convient que le gardien n'eſt tenu que par contribution. » Si, dit-il, un pere accepte la garde-noble » à Paris, où eſt ſon domicile, il aura la jouiſſance de tous » les meubles, actions & droits, en quelque lieu qu'ils ſe » trouvent, & des arrérages de rentes conſtituées, *quia non* » *habent ſitum.* Mais s'il ſe trouve, dans la ſucceſſion de ſa » femme, des biens ſitués en pays de droit écrit, il n'en jouira » pas en vertu de la Coutume, mais par le droit de puiſſance » paternelle ; s'il y en a en Normandie, il jouira par droit de » viduité ; & s'il y a des terres dans un Bailliage, où la garde- » noble ne ſoit pas établie, il n'en jouira pas, il ſera obligé » de tenir compte à ſes mineurs des revenus, parce que chaque » Coutume pour les droits réels, *quæ habent ſitum*, ou pour » les immeubles, oblige de ſuivre dans les partages ces » diſpoſitions, de maniere qu'il faut faire comme s'il y avoit » autant de ſucceſſions qu'il y a de différentes Coutumes où il » y a des biens, tant pour la diviſion des portions des héritages, » que pour le rapport des fruits, qui pour cela contribueront » aux dettes ; les unes voulant que les héritiers contribuent » par tête, les autres eu égard à la valeur des biens dont l'on » amende. «

Je trouve encore une déciſion en faveur de la contribution, dans le nouveau *Traité des Minorités*, *p.* 452. » Quand, dans la ſucceſſion qui donne ouverture à la garde, » il ſe trouve des biens ſitués en des Coutumes où la garde » n'a pas lieu, il ſemble qu'on doive ſuivre la Coutume de » Normandie, & que les biens qui ne tombent pas en garde, » doivent contribuer au paiement des dettes & à l'entretien » des mineurs. »

Voilà quelles ſont les raiſons expliquées dans le Mémoire & les Conſultations qui furent faites pour M. de Moras, pour autoriſer la contribution ; mais voici ce qui fait pour l'avis contraire, & qui eſt tiré en partie du Mémoire de Mlle. de Moras, c'eſt-à-dire, pour ſoutenir que le gardien (ne jouit-il en ſa qualité de gardien, que des biens ſitués dans une Coutume) doit payer indiſtinctement toutes les dettes perſonnelles mobiliaires, & arrérages de dettes immobiliaires.

On convient, en premier lieu, qu'il n'eſt pas ici queſtion des rentes qui ſont foncieres de leur nature ; les arrérages de ces ſortes de rentes doivent être payés par les biens dont elles ſont la charge repréſentative du fonds.

On convient, en ſecond lieu, par rapport aux autres dettes, de la maxime, *æs alienum totum patrimonium imminuit ;* mais cette maxime ſouffre une exception qui a été expoſée ci-devant, qui eſt le cas où la Loi en a diſpoſé autrement, *ſi fortè certis oneribus deſtinatum ſit id patrimonium.*

Or la garde eſt préciſément dans l'exception ; car il eſt peu de Coutumes qui n'admettent la maxime, *qui garde prend, quitte le rend.*

Suivant cette maxime le mineur qui eſt en garde doit être rendu quitte de toutes dettes perſonnelles, mobiliaires, & arrérages de dettes immobiliaires. La maxime eſt générale, & indépendante des Coutumes de contribution.

En effet, les Coutumes qui ordonnent la contribution, ne l'ordonnent que reſpectivement aux héritiers, *ut ad invicem ſeſe exonerent.* Et par la néceſſité de diſtribuer les charges entre différents héritiers, qui ſouvent partagent très inégalement les biens, quoique ſitués dans l'étendue d'une ſeule Coutume, ce ſont des eſpeces d'aſſociés, & il a paru juſte qu'en cette qualité ils payaſſent les dettes à proportion de ce dont ils amendent dans la ſucceſſion.

C'eſt pourquoi, s'il n'y a qu'un héritier, il n'y a point de contribution ; il doit ſeul toutes les dettes de la ſucceſſion : mais les mêmes Coutumes qui exigent la contribution entre héritiers, aſſujettiſſent preſque toutes le gardien indéfiniment au paiement des dettes. Ce gardien n'eſt pas cohéritier avec les mineurs qui ſont en garde, ni même avec les autres enfants majeurs, héritiers dans la même ſucceſſion.

Or les dettes d'une ſucceſſion, dont les biens mêmes ſont

répandus dans différentes Coutumes, ſont toujours les dettes de la ſucceſſion ; qu'elles ſe répandent, ſi l'on veut, par rapport aux héritiers, ſur tous les différents biens, cela doit être indifférent, parce que la portion que chaque héritier doit ſupporter dans la totalité, eſt la dette de chaque héritier ; c'eſt ſa quote-part dans les charges, & le gardien eſt chargé de toutes les dettes mobiliaires, & arrérages de rentes dont l'héritier en garde peut être tenu du chef de la ſucceſſion.

Qu'on ne diſe pas que les Coutumes étant toutes réelles en ce qui concerne l'émolument de la garde, il n'eſt pas poſſible de ne pas la juger réelle en ce qui regarde les charges qui ſont diviſibles de leur nature ; car nous conviendrons volontiers du principe. Les gardes ſont réelles pour l'émolument ; elles le ſont pareillement pour les charges, & ces charges ſont diviſibles.

Mais il ne s'enſuit pas de-là que les charges doivent être diviſées vis-à-vis le gardien ; que vis-à-vis de lui il faille les répandre, & les contribuer ſur les biens qui ſont hors la Coutume.

Si la Coutume de la ſituation n'a de pouvoir que ſur les biens qu'elle régit, & ſi l'émolument de la garde ſe borne à ces biens, c'eſt effectivement parce que s'il en étoit autrement, la Coutume excéderoit ſon pouvoir, elle étendroit ſa juriſdiction ſur des biens qui ne lui ſont pas ſoumis, elle accorderoit des droits ſur des biens qui ne dépendent pas d'elle.

Mais en bornant l'émolument, la Coutume peut, ſans excéder ſon pouvoir, ne pas borner les charges, parce qu'elle peut n'accorder cet émolument, que ſous des conditions plus ou moins étendues, plus ou moins reſſerrées & onéreuſes ; elle pourroit ne charger la jouiſſance que juſqu'à concurrence de l'émolument, & non plus avant : quand elle charge indéfiniment, elle uſe du pouvoir que tout particulier même a d'impoſer à ſa libéralité, telle charge qu'il juge à propos ; c'eſt au gardien à ſe conſulter dans le parti qu'il a à prendre, comme c'eſt au donataire à ſe conſulter s'il acceptera la donation, ou s'il ne l'acceptera pas.

Ainſi un donateur a des biens en différents endroits, & il a des dettes répandues ſur tous ces biens ; il détache un de ſes fonds, en fait une donation, & il charge de payer toutes

toutes ſes dettes, de droit commun, & ſelon une certaine regle de juſtice & de proportion. *Æs totum patrimonium imminuit.* Mais le donateur ne le veut pas ainſi ; il ne veut donner que ſous condition de payer toutes ſes dettes. Il eſt le maître.

Le Légiſlateur du lieu de la ſituation qui défere la garde, eſt un donateur, & donne, non pas les biens ſitués hors le pays de ſa légiſlation, mais il donne tous ceux qu'il peut donner, & il n'excede pas en cela ſon pouvoir. Ce Légiſlateur charge le donataire de toutes les dettes indéfiniment ; il ne l'excede pas encore, parce que ce qui ſe répand ſur tous les biens mêmes ſitués ailleurs, par un eſprit de juſtice, il le réunit par un droit rigoureux ſur les biens qui lui ſont ſujets, & il n'entreprend rien ſur autrui.

Qu'on ne diſe pas que chaque Coutume offre au gardien la jouiſſance de la totalité des biens, & que ne pouvant fournir ce qu'elle offre, il eſt juſte auſſi de diminuer les charges. Un pareil moyen n'eſt qu'une pure illuſion, & c'eſt tromper ſon imagination que de le propoſer.

Quand un Légiſlateur parle, il parle pour être obéi, & n'eſt pas préſumé faire des Loix pour des lieux & des biens ſur leſquels il n'a aucune juriſdiction ; ainſi ſes Loix, ſes offres, ſes préſents ſe renferment dans ſon territoire, ſur les lieux & ſur les choſes ſeules ſur leſquelles il a juriſdiction.

Il ne faut donc pas dire que la Coutume offre des biens ſitués hors de ſa domination. La Coutume ne donne, & n'eſt préſumée donner que ce qu'elle peut donner, & elle ne peut donner que les héritages ſitués dans ſon territoire.

Mais, on le répete, elle donne, & elle peut donner ſous telle charge qu'elle juge à propos, & la charge eſt de payer toutes les dettes. Ces charges ne ſont pas, à la vérité, de leur nature, charges foncieres, elles peuvent ſe diviſer & ſe répandre ſur tous les biens ; mais auſſi la Loi peut les fixer ſur certains biens, & en faire des eſpeces de charges foncieres, à l'exemple des Coutumes, qui chargent les héritiers des meubles, des dettes mobiliaires.

Il faut donc dire, que toute cette queſtion ſe réduit à connoître la volonté de la Loi. A-t-elle voulu réunir toutes les dettes, & les faire ſupporter par le gardien, ou ne l'a-t-elle pas voulu ?

Or que l'on conſulte nos Coutumes. Leur langage n'eſt pas équivoque ; elles diſent preſque toutes, que le gardien, à raiſon des meubles, & de la jouiſſance des immeubles qu'elles lui accordent, eſt obligé de payer les arrérages des rentes dues par le mineur, & les frais de ſon éducation & de ſon entretien, elles n'y mettent aucune limitation ; elles ne reſtreignent, ni ne ſéparent les dettes ; elles parlent en termes généraux, & il n'y a pas lieu de réduire ces termes.

Quand elles donnent la jouiſſance de tous les biens des mineurs, ces termes généraux doivent être entendus des biens du territoire, parce qu'il faut faire parler le Légiſlateur en homme ſenſé, qui ſait ce qu'il fait.

Mais quand elles chargent de toutes les dettes, il ne faut pas reſtreindre la Loi, parce que le Légiſlateur n'ordonne pas contre ſon pouvoir, & qu'il a droit de n'offrir un avantage, un bénéfice, que ſous telle condition qu'il juge à propos, & que s'il vouloit reſtreindre, mitiger cette condition, il étoit le maître de le faire, & ce qu'il n'a pas fait, il n'a pas voulu le faire ; il a voulu l'un, dès qu'il ne s'eſt pas expliqué ſur l'autre.

Il pourroit y avoir dans le principe, de la juſtice à proportionner la charge avec l'émolument, j'en conviens volontiers ; mais ce raiſonnement attaqueroit la diſpoſition de pluſieurs de nos Coutumes, qui, au lieu de donner au gardien la jouiſſance de tous les héritages ſitués dans l'étendue de ces Coutumes, ne donnent que la jouiſſance des ſimples fiefs ; car il faudroit dans chacune de ces Coutumes répandre les dettes ſur la totalité des biens qui y ſont ſitués, & cependant ces Coutumes mêmes chargent le gardien de la totalité des dettes. C'eſt ce que nous allons faire voir dans un moment.

Mais y penſe-t on de dire que non-ſeulement il n'y auroit pas de juſtice à l'ordonner ainſi, mais même qu'il n'y auroit pas de raiſon. Ecoutons l'argument ? Le principe eſt, en matiere de Statuts réels, qu'ils ne doivent jamais ſortir de leur territoire, ni avoir empire les uns ſur les autres, ni contre les autres. Nous accorderons la majeure, quoique ces termes, *ni contre les autres*, ne ſoient pas fort intelligibles.

Or, le Statut qui refuſe au gardien la jouiſſance des biens du mineur, opéreroit, dit-on, contre celui de la Coutume de Paris, qui les lui donne.

Cette mineure eſt encore moins intelligible que la majeure. Quoi, parce qu'une Coutume n'accorde pas de garde, elle auroit empire ſur ou contre celle qui en accorde? Oui, dit-on, parce que la Coutume qui la refuſe profiteroit de la diſpoſition de celle qui en accorde, en ce que celle-ci chargeroit les biens qu'elle régit des dettes que l'autre devroit naturellement ſupporter, pour en faire une ſucceſſion ſans dettes, au détriment & à la charge des biens régis par la Coutume qui admet la garde; mais c'eſt ſe perdre & s'égarer que de raiſonner ainſi.

La Coutume qui refuſe la garde n'eſt point affranchie des dettes qu'elle doit ſupporter. Les héritiers qui en recueillent les biens, en doivent les dettes, conformément à la Coutume de la ſituation; mais le gardien eſt obligé d'affranchir ceux deſdits héritiers qui ſe trouvent en garde. Ainſi la Coutume qui refuſe la garde n'affranchit pas des dettes; mais c'eſt la Coutume qui défere la garde, qui en charge le gardien.

Pour bien réuſſir à prouver que le gardien, dans une Coutume qui lui défere la garde, ne doit payer les dettes que par contribution, il faudroit montrer que cette Coutume ne le charge des dettes que par contribution, & qu'elle veut vis-à-vis le gardien, ce qu'elle veut vis-à-vis les héritiers & vis-à-vis du droit commun qui s'obſerve entre eux.

On emploie les arguments de la proportion & de l'équité; mais dans les choſes poſitives, il n'y a de juſte que ce que les Loix veulent. Ainſi il faut faire voir qu'elles veulent plutôt l'un que l'autre.

Mais, dira-t-on, l'équité eſt dans la proportion même, c'eſt la proportion qui eſt équitable; mais ſur ce pied, combien de Coutumes injuſtes dans le Royaume? Y a-t-il de la proportion quand les meubles, entre co-héritiers, paient toutes les dettes mobiliaires? Y en a-t-il quand l'aîné ne paie pas les dettes pour ſon préciput & droit d'aîneſſe? Y en a-t-il quand l'héritier des meubles & acquêts eſt obligé d'acquitter les propres? Y en a-t-il quand un légataire, par un legs particulier, emporte la valeur des deux tiers d'une ſucceſſion, ſans payer un ſol de dettes? La proportion n'eſt donc juſte que quand la Loi le veut.

On fait un dilême : ou les rédacteurs ont regardé la garde

comme un Statut perſonnel, ou comme un Statut réel. Ce dilême eſt juſte ; mais tranchons tout d'un coup : oui, la garde eſt réelle. Si cela eſt, dit-on, puiſque la jouiſſance de tous les immeubles eſt réduite aux biens régis par la Coutume qui défere la garde, il faut donc auſſi réduire les charges : c'eſt ce qui n'eſt pas conſéquent ; car la Coutume n'accorde la jouiſſance que des immeubles de ſon territoire, & c'eſt dans cette poſition qu'elle aſſujettit le gardien à toutes les charges : c'eſt à lui à opter.

On répond à l'argument tiré de l'*art.* 238 de la Coutume de Paris, qui donne au ſurvivant des conjoints communs, les meubles hors la ville & fauxbourgs en propriété, à la charge de payer les dettes mobiliaires ; & l'on dit que cette charge eſt attachée à la propriété des meubles ; mais que dans la garde elle eſt principalement attachée à la jouiſſance ; eſt-ce là une réponſe ?

Premiérement, l'argument reſte donc dans ſa force pour les Coutumes qui donnent la propriété des meubles au gardien ; & dès lors tout le ſyſtême de la contribution eſt renverſé.

2°. Si la Coutume peut attacher les dettes mobiliaires à la propriété de quelques meubles, pourquoi ne pourra-t-elle pas attacher la totalité des arrérages des rentes, & la totalité des nourritures à la jouiſſance de certains immeubles ?

La Coutume de Paris ne donne pas, en l'*art.* 238, les meubles hors la ville & fauxbourgs comme une quotité, & ce n'en eſt pas une : un legs d'une ſucceſſion échue au teſtateur, dit Ricard en quelqu'endroit de ſon Traité des Donations, n'eſt pas un legs d'une quotité, & cependant la Coutume de Paris charge le ſurvivant des conjoints, qui recueille cette portion de meubles, de toutes les dettes mobiliaires ; au lieu que les Coutumes qui donnent au gardien la jouiſſance de tous les immeubles, la donnent comme d'une quotité, & même d'une univerſalité : pourquoi ne pourroient-elles pas le charger de la totalité des arrérages des rentes & nourritures du mineur ?

On prétend que, par l'Arrêt de Bence du 7 Septembre 1695, la Cour adopta le parti de la contribution ; mais je vais faire voir, par l'Arrêt même, qu'elle ſe détermina par la réalité & diſpoſition réelle des Coutumes. En voici l'eſpece.

Le ſieur Bence, Secrétaire du Roi, s'étoit marié à Paris avec ſtipulation de communauté & dérogation à toute autre Coutume. Il continua ſon domicile en cette Coutume de Paris pendant toute la durée de ſon mariage. Il acquit pendant ce temps, en Normandie, les terres du Breuil, de Criqueville, &c. & il acquit, en Poitou, les terres & Baronnies d'Oulmes, &c.

De ſon mariage, trois enfants, deux garçons & une fille.

La Dame Bence mourut la premiere. Ses enfants accepterent la ſucceſſion, & l'aîné des mâles demanda compte à ſon pere des biens maternels.

Dans ce compte, le pere ne coucha pas en recette les revenus des biens de Normandie, qu'il prétendit lui appartenir à titre de viduité, ni ceux de Poitou, qu'il prétendit à titre de puiſſance paternelle.

Les enfants conteſtoient cette prétention, & ſoutenoient que le domicile des pere & mere étant à Paris, où l'on ne reconnoît, ni ce droit de viduité, ni le droit de puiſſance paternelle, c'étoit cette Coutume qui devoit régir l'état des enfants & le ſort des conquêts.

Sentence du 21 Juin 1694 en faveur du pere; mais comme, à raiſon de ces jouiſſances, le pere étoit obligé de les nourrir & entretenir, & que ces jouiſſances pouvoient être auſſi longues que la vie de leur pere, la Sentence, en chargeant le pere deſdites nourritures & entretiens, jugea à propos de les liquider, & adjugea à chacun des trois enfants la ſomme de 1000 livres.

Sur l'appel de cette Sentence, elle fut, par l'Arrêt, confirmée en ce qui regardoit les jouiſſances adjugées au pere; & quant aux nourritures & entretiens, l'Arrêt adjugea 1500 livres à l'aîné, au lieu de 1000 livres, & à chacun des deux puînés, 500 livres ſeulement.

La Sentence, ni l'Arrêt ne diſent pas, comme il eſt porté dans quelques Mémoires, que les ſommes adjugées aux enfants fuſſent pour les deux tiers des nourritures & entretiens des enfants, par forme de contribution; mais ces nourritures & entretiens furent arbitrés en totalité ſur les ſommes adjugées.

Ainſi la Cour ne fit pas ſupporter partie des nourritures & entretiens par les biens de Paris; mais elle jugea que ces

nourritures & entretiens ne devoient pas excéder les ſommes adjugées.

Suivant un manuſcrit qu'on attribue à M. Braquet, célebre Conſultant de ſon temps, il paroît qu'en 1702 cette même queſtion s'étant élevée, M. Braquet, M. Dupré, & quelques autres célébres Avocats, eſtimoient que la totalité des nourritures devoit être ſupportée par le gardien; que M. de Riparfons s'étoit élevé contre cette opinion, & ſe fondoit, entr'autres choſes, ſur l'Arrêt de Bence, qui (porte le munuſcrit) condamne le ſieur Bence à payer les deux tiers des nourritures.

M. Froland, dans ſes Mémoires ſur les Statuts, *tom.* 1, *pag.* 464, nous a donné le prononcé de cet Arrêt, & il n'y eſt nullement parlé que les ſommes adjugées pour nourritures aux enfants, fuſſent pour les deux tiers. Ces ſommes ſont adjugées comme ſuffiſantes pour leſdites nourritures & entretiens.

Il peut ſe faire que la Cour ayant conſideré que les enfants jouiſſoient d'ailleurs des autres biens de leur mere, ſe ſoit portée à ne donner que ce qui étoit ſtrictement néceſſaire pour leſdites nourritures, ce qui eſt conforme à l'*art.* 384 de la Coutume de Normandie; mais elle n'a pas accordé ces ſommes par forme de contribution, ce qu'elle n'auroit pas manqué de faire, ſi elle avoit jugé la queſtion en elle-même, & voulu en déterminer la déciſion.

Cet Arrêt, mal rapporté, formoit un embarras dans la conteſtation, dont il n'étoit pas aiſé de ſe tirer; mais étant rétabli dans ſes termes & dans ſon eſprit, toute difficulté eſt levée.

Diſons donc que la Cour, dans l'eſpece de l'Arrêt de Bence, a ordonné le paiement des nourritures & entretiens, non pas par forme de contribution, puiſque l'Arrêt n'en dit pas un mot, non pas comme dettes mobiliaires & perſonnelles procédantes du chef de la mere défunte: car de ce chef, c'étoit une dette de nature pure, qui a ceſſé par ſa mort; mais la Cour a ordonné ce paiement de nourritures & entretiens, comme charges réelles & attachées aux biens, & qu'il faut payer indéfiniment, quand la Loi de la ſituation l'exige. C'eſt l'attouchement des biens en qualité de gardien, qui, dans ces Coutumes, l'aſſujettit au paiement de cette charge.

Ainſi, quant aux héritiers, on a raiſon de diſtinguer entre les charges mobiliaires & perſonnelles, & les charges réelles. Les premieres ſe reglent par la Loi du domicile du défunt; les ſecondes ſe reglent par la Loi de la ſituation.

Mais vis-à-vis le gardien, toutes les dettes dont il eſt chargé, lui tiennent lieu de dettes réelles: ſi la Loi lui défere les meubles, pour lors les dettes perſonnelles mobiliaires ſont la charge réelle des meubles; ſi elle ne lui défere que des immeubles, les dettes qu'il eſt tenu d'acquitter ſont la charge réelle de ces immeubles. Chacune de ces Coutumes prononce une condamnation que l'on peut dire ſolidaire & totale contre le gardien, en ſorte que, ſans égard aux autres Coutumes, le gardien qui jouit des immeubles dans une Coutume, eſt par cette Coutume même condamné à la totalité des arrérages des dettes annuelles, & des nourritures & entretiens de ceux qui ſont en garde.

Il ne faut donc pas conſidérer s'il y a des biens répandus dans différentes Coutumes; ſi de ces différentes Coutumes il y en a qui n'admettent pas la garde, il ſuffit qu'il y en ait une ſeule qui y oblige indéfiniment pour que le gardien ſoit tenu de la totalité, parce que la Loi en diſpoſe ainſi.

Si donc un gardien, Bourgeois de Paris, jouit en Berry des immeubles du mineur, qu'il en jouiſſe encore à Paris, il ſera tenu, à raiſon de la diſpoſition de la Coutume de Paris, généralement de tous les arrérages des dettes annuelles, parce qu'encore qu'en Berry le gardien Bourgeois ne ſoit tenu que juſqu'à concurrence des fruits, & non plus avant, néanmoins il jouit à Paris, qui l'y oblige indéfiniment.

Ainſi quand nous liſons dans Auzanet, que, ſuivant un Arrêt du 18 Avril 1622, il a été jugé que les charges & conditions auxquelles la garde eſt déférée, ſe conſiderent ſuivant la diſpoſition de la Coutume en laquelle le pere avoit ſon domicile au temps de l'ouverture, cela ne peut s'entendre, quant aux charges, que des dettes mobiliaires & perſonnelles que le gardien eſt tenu de payer, comme charges réelles des meubles; car pour les autres dettes perſonnelles immobiliaires, tout le monde convient qu'elles ſont la charge des immeubles, & il ſuffit qu'une ſeule des Coutumes admettant la garde, y aſſujettiſſe indiſtinctement, pour que le gardien en ſoit tenu en totalité.

Telle eſt la Loi ancienne de la garde. M. Jean Deſmarcs, Avocat du Roi au Parlement, ſous les Rois Charles V & Charles VI, dit en ſa Déciſion 360 : *Se aucun pere ou mere a aucuns enfants deſquels il ha la garde, gouvernement & adminiſtration, il eſt, & doit être tenu de répondre de tout ce que auxdits enfants l'on pourroit demander, ou en quoi ils pourroient être tenus.*

Suivant cette premiere autorité, que les dettes entre héritiers ſe contribuent, ſi l'on veut, il eſt certain que la portion dont celui qui eſt en garde eſt tenu à cauſe de la ſucceſſion qui a donné ouverture à la garde, eſt la dette du mineur, qu'on peut la lui demander, & ſuivant Deſmares, le gardien eſt tenu de l'en acquitter. Auſſi le même Auteur, en l'*art.* 100 des Coutumes notoires, dit que le gardien eſt tenu d'acquitter & rendre quitte le mineur de toutes dettes & obligations.

C'eſt de-là qu'eſt venu la formule obſervée par Bouthillier, en ſa *Somme Rurale*, *tit.* 93, ſuivant laquelle le gardien, en rendant les biens aux mineurs, devoit dire, je m'en décharge, & les livre ſans dettes.

De-là encore s'eſt formé la maxime, qui *garde prend, quitte le rend.*

On peut remonter même juſques aux anciennes Coutumes de Beauvoiſis, *chap.* 15, où la maxime y eſt conſacrée.

*Si convient que quand le premier des enfants ſera aagié, que il* (le gardien) *lui rende che que il aroit tenu en bail, quitte, & delivré ſans dette nulle.*

C'eſt l'avis de Marqueraie, en ſes Notes ſur l'*art.* 85 de la Coutume d'Anjou, que l'on a inſérées avec celles de Dupineau. » S'il y avoit des biens, dit-il, en divers endroits, » en chacun deſquels le bail n'eût lieu, pour être le domicile » en lieu où droit de bail a lieu ; le bail n'eſt pas bien fondé » pour cela à prendre les fruits où le droit de bail n'a pas » lieu, & néanmoins le bail eſt tenu faire toutes les charges » du bail ſans aucune diminution pour les choſes dont il ne » prend pas les fruits. »

Les deux Notes de M^e Ch. du Molin, ci-deſſus alléguées, n'ont pas toute l'autorité que méritent les autres Ouvrages de ce grand homme. Ce ſont des Notes poſthumes qu'il avoit jettées ſur le papier pour les revoir & les digérer ; auſſi ſont-elles preſque toutes obſcures, embarraſſées & imparfaites, &

M.

M. Raſſicod, notre Confrere, qui poſſedoit aſſurément ſon du Molin, m'a aſſuré pluſieurs fois qu'il n'étoit pas même certain que ces Notes fuſſent de lui.

On obſervera de plus, quant à la premiere Note, que Me Ch. du Molin n'avoit pas encore pris un parti déterminé, puiſqu'il finit ſa Note par ces mots : *Sed tamen videbitur infrà, art.* 116, où il ne dit rien de la queſtion.

D'ailleurs que dit Me Ch. du Molin dans cette premiere Note ? Il décide, non pas que le gardien ne doit payer les dettes que par contribution, mais qu'il ne doit les payer que juſqu'à concurrence des biens, quand il a fait inventaire, & qu'il pourroit être tenu de toutes leſdites dettes ſans contribution, & ne les devoir que juſqu'à concurrence du produit.

Quant à la ſeconde Note de Me Ch. du Molin, elle paroît plus préciſe, & effectivement on peut dire qu'il a penché pour la contribution ; mais comme cette Note eſt à la ſuite de la premiere, le *videbitur infrà, art.* 116, milite ſur l'une comme ſur l'autre.

L'autorité ci-deſſus oppoſée, & tirée du nouveau Traité des Minorités, n'eſt pas bien déciſive : l'Auteur emploie le terme, *il ſemble*, qui marque un eſprit flottant, & qui n'eſt pas abſolument fixé. D'ailleurs il ſe détermine ſur la queſtion générale par la diſpoſition particuliere de la Coutume de Normandie, qui, admettant la garde ſeigneuriale, & la donnant à chacun des Seigneurs pour les fiefs ſeulement qui ſont tenus d'eux immédiatement, veut que ſi les tuteurs mettent tous les héritages & biens des mineurs entre les mains deſdits Seigneurs, chacun d'eux ſoit tenu de contribuer pour ſa quote-part, & cette déciſion n'a aucune reſſemblance avec celle que nous agitons préſentement.

Mais ſi le gardien n'étoit tenu que ſuivant la contribution, il s'enſuivroit que dans les Coutumes, qui ne mettent en garde que les fiefs, il faudroit contribuer avec les rotures, ſur-tout lorſqu'ils ſeroient ſitués dans la même Coutume. Cependant nous avons pluſieurs Coutumes qui, en ne donnant au gardien que la jouiſſance des fiefs, l'aſſujettiſſent au paiement de toutes les dettes mobiliaires & perſonnelles, arrérages de rentes, entretien & nourriture du mineur. Telles ſont les Coutumes d'Amiens, *art.* 130 ; Melun, *art.* 287 ; &

Péronne, *art.* 223 & 224, & cela eſt conforme aux anciennes Coutumes de Beauvoiſis, *ch.* 15. Voici l'eſpece.

» Pierre tenoit un enfant en bailg, & étoit le fiez ſi petit, » qu'il n'étoit pas convenable au vivre, ne à la veſture des » enfants. Li enfants avoient hiretages vilains deſquiex Pierre » avoit l'adminiſtration, comme garde pour les enfants, ſi » vouloit Pierre peure de ces vilenages pour les enfants, main » burnir de che que il leur failloit, par-deſſus che que li fief » valloit, & li a mis as enfants ne le voudront ſouffrir, » ainchois, requerent au conte que Pierre fit bonne ſûreté de » rendre as enfants, quand ils ſeroient aagiés, toutes les » diſſues de leurs terres, vilenages, & que ledit Pierre feuſt » contraints à peſtre, & à vêtir les enfants comme chil qui » avoit pris le bail, & que il encore ne peuſt renoncier au » bail, puiſqu'il y étoit entré, & ſeur ce ſe miſtrent en droit.

» Il fût jugiés que puiſque Pierre étoit entré ou bail com- » bien que il va uſſit poi, il devoit les enfants main burnir, » & rendre quittes, quand ils ſeroient aagiés, & faire ſauver » toutes les deſpeüilles de leurs vilenages par bonne ſeureté, » & par che lui jugement poes vous ſçavoir qu'il y a grand » peril en peure bail, &c.

Enfin nous citerons pour ce dernier parti, la ſoixantieme Conſultation, étant au *tom.* 2 des Œuvres de Dupleſſis, *p.* 383. On ſait que les queſtions miſes ainſi en forme de Conſultations, & inſérées dans les Œuvres de Dupleſſis, ſont celles qui furent propoſées dans les Conférences qui ſe tenoient à la Bibliotheque des Avocats, où l'un de MM. les Gens du Roi, & grand nombre de Confreres ſe trouvoient.

La rédaction de ces Queſtions ſe faiſoit en rapportant les différents avis, & en marquant celui qui avoit prédominé, & apparemment qu'il n'y en eût aucun différent, puiſque le Rédacteur n'en dit rien.

On voit donc que de tout temps la charge d'acquitter les dettes par le gardien, a été l'appanage de la garde, ſavoir les dettes mobiliaires & perſonnelles, en principaux & intérêts; & quant aux dettes immobiliaires annuelles, en arrérages ſeulement, & cela indéfiniment, & ſans contribution, & j'avouerai que je le penſe ainſi.

Cependant la queſtion vient d'en être jugée autrement

dans une Commiſſion du Conſeil, par Arrêt du 4 Janvier 1746, par MM. Cochin, Huart & Gillet, anciens Avocats au Parlement, nommés Commiſſaires par Arrêt du Conſeil. En voici l'eſpece.

M. Abraham Peireync de Moras décéda le 20 Novembre 1732, délaiſſant la Dame Fargès, ſon épouſe, & trois enfants. L'aîné mâle âgé de quatorze ans, un puîné âgé de dix, & une fille âgée de huit.

Le mobilier de la ſucceſſion montoit à plus de ſeize cents mille livres.

Parmi les biens de M. de Moras, il y en avoit qui n'étoient pas ſujets à la garde; mais les revenus de ceux qui tomboient en garde montoient à près de deux cents mille livres par an.

Madame de Moras accepta la garde-noble de ſes enfants. Elle décéda le 12 Février 1738, ayant exhérédé ſa fille, exhérédation confirmée par Arrêt. Il fut néceſſaire de procéder au partage de la ſucceſſion de M. de Moras, entre ſes trois enfants.

Les deux enfants mâles prétendirent, contre leur ſœur, que les dettes mobiliaires & perſonnelles, & les arrérages des rentes annuelles, nourritures & entretiens, devoient ſe contribuer ſur tous les biens, même ſur ceux non ſujets à la garde, de ſorte que la Demoiſelle de Moras devoit ſupporter ſa part & portion des dettes, & de ſes propres nourritures, à raiſon des biens non ſujets à la garde.

Leurs moyens étoient que la ſucceſſion du pere étoit ouverte à Paris, où étoit ſon domicile, qui, ſuivant l'*art.* 334, admet la contribution. Cet *art.* ſervoit d'interprétation à l'*art.* 267 de cette même Coutume.

La Demoiſelle de Moras prétendit au contraire que ces dettes & nourritures étoient toutes à la charge de la ſucceſſion de ſa mere; que l'*art.* 267 y étoit précis, & que l'*art.* 334 avoit lieu entre héritiers, & copartageants ſeulement.

Jugé par l'Arrêt pour la contribution. M. Sarrazin, Avocat de la Demoiſelle Moras, compoſa pour elle un ample Mémoire. Je n'ai pas vu le Mémoire contraire; mais les moyens de MM. de Moras étoient rappellés dans celui de la Demoiſelle.

Quelque conſidération que méritent les Commiſſaires qui ontdécidé cette queſtion, auſſi-bien que les Conſultants qui

furent de cet avis, MM. Barjeton, Rouſſeau, l'Herminier, Périnelle & de Lambon, elle eſt aſſez difficile & aſſez importante pour demander encore quelques autres Jugements ſemblables, & juſques-là il me ſera permis d'embraſſer le parti oppoſé.

Si l'on adopte mon ſyſtême, il faudra dire que, ſi le gardien jouit des biens ſitués dans une Coutume où la garde finit à dix-huit ans, & qu'il jouiſſe encore d'autres biens ſitués en Coutumes où elle ne finit qu'à vingt, ce gardien ne laiſſera pas de payer toutes les dettes annuelles, tant que la garde ſubſiſtera dans quelque Coutume, ſi une ſeule de ces Coutumes l'y aſſujettit.

*Extrait des Regiſtres des Commiſſions extraordinaires du Conſeil.*

» Nous Commiſſaires ſuſdits, en vertu du pouvoir à nous donné par Sa Majeſté, ayant aucunement égard à la Requête » dudit François-Marie Peireync de Moras, & dudit Georges-» Joſeph-François de la Barre, au nom de Tuteur dudit » Alexandre-Louis Peireync de Saint-Prieſt, du 29 Décembre » 1745, ordonnons que toutes les charges de la garde-noble » que ledit Marie-Anne-Joſeph Fargès a eues de ſes enfants, » tant pour le paiement des dettes mobiliaires, que pour arré-» rages de rentes, nourritures & entretiens des mineurs, demeu-» reront fixés & déterminés à la portion qu'en ont dû ſupporter » par la contribution de Coutume à Coutume, les biens régis » par les Coutumes qui déferent la garde, ſans que la ſucceſſion » de la Demoiſelle Marie-Anne Fargès ſoit tenue, à cauſe de » ſa garde-noble, de la portion qu'en ont dû ſupporter par » ladite contribution, les biens régis par des Coutumes, ou » ſitués dans des pays qui ne donnent point la garde; laquelle » contribution de Coutume à Coutume ſera faite, eu égard à » la valeur du fonds des biens. Déboutons leſdits François-Marie » Peireync de Moras, & ledit Georges-Joſeph-François de la » Barre, en ſadite qualité de tuteur, de leur demande à ce » que la ſucceſſion de la Demoiſelle Marie-Anne Joſeph Fargès » ſoit déchargée, à cauſe de ſa garde-noble, des ſommes dues » à la mort dudit Abraham Peireync de Moras, pour raiſon » d'acquiſition d'immeubles, & pour celle de cent treize-ux »

» mille livres qui étoit due au ſieur Peireyne de Saint-Cyr ; » en conſéquence ordonnons que leſdites ſommes entreront » comme dettes mobiliaires dans la contribution ci deſſus or- » donnée, & que tous les articles du compte dont il s'agit, » tant en recette que dépenſe, concernant leſdites dettes mo- » biliaires, arrérages des rentes, nourriture & entretien des » mineurs, prix d'acquiſitions d'immeubles, & ladite ſomme de » 136000 livres, ſeront réformées, conformément à notre pré- » ſent Jugement. Fait en notre Aſſemblée à Paris, ce 4 Janvier 1746. *Signé*, FILLEUL.

# TITRE TROISIEME.

*Des conventions par leſquelles on prévient la diverſité des Loix, dans le cas où les perſonnes ne changent pas leur domicile.*

## CHAPITRE PREMIER.

### *Des Statuts perſonnels.*

#### SOMMAIRE.

I. *Si une femme dont le mari eſt domicilié dans un lieu où l'on uſe du droit commun, ſera obligée à la dette de ſon mari, contractée dans un lieu où, par la Loi, la femme eſt obligée à tous les engagements de ſon mari.*

II. *Si par rapport aux Statuts perſonnels, il y a lieu de prévenir, par des conventions, la diverſité des Loix.*

III. *La Loi d'un certain lieu porte, que tout mari qui contractera dans l'étendue de ce lieu, quoiqu'il n'y ſoit pas domicilié, obligera ſa femme; cette Loi doit-elle avoir ſon exécution?*

NOUS avons juſqu'à préſent traité de la diverſité des Loix, tant dans le cas où l'on continue le même domicile, que dans celui où on le change. Préſentement notre deſſein eſt de dire quelque choſe des conventions que l'on peut inſérer dans les contrats de mariage, pour obvier à cette diverſité, & cet objet mérite une diſcuſſion particuliere; car quiconque fera bien réflexion que cette variété de Loix, qui ſe rencontre preſque dans chaque ville, eſt la

ſource de mille conteſtations, où il ne s'agit pas ſeulement d'un droit de glandée, ni de faire retirer la gouttiere de notre voiſin, qui ſe décharge ſur notre héritage, mais ordinairement de toute une ſucceſſion, ne pourra s'empêcher de ſouhaiter ardemment de connoître par quel moyen on prévient, dans un contrat de mariage, tant de conteſtations.

Nous avons dit que toutes ces conteſtations doivent ſe ranger ſous deux claſſes. La premiere eſt de celles qui peuvent s'élever, encore qu'il n'y ait pas de changement de domicile. La ſeconde eſt de celles qui peuvent naître dans le cas où il y a un changement de domicile.

Nous traiterons d'abord les queſtions de la premiere claſſe, & nous obſerverons le même ordre que nous avons obſervé ci-devant; c'eſt-à-dire, que nous parlerons en premier lieu des Statuts perſonnels, & enſuite des Statuts réels. Nous avons dit que l'on appelloit un Statut perſonnel, celui qui regle & détermine l'état d'une perſonne; comme, par exemple, le Statut qui met la femme ſous la puiſſance de ſon mari, celui qui fixe la majorité à 20 ans accomplis, & pluſieurs autres que nous avons cités.

Que dirons-nous donc ſi une femme, en puiſſance de mari, contracte ou aliene dans un endroit où la puiſſance maritale n'a pas lieu? ou ſi un mineur, n'ayant que 20 ans, contracte dans un endroit où l'on eſt majeur à 20 ans? Cette variété de Loix rendra-t-elle la femme, & le mineur habiles d'inhabiles qu'ils ſont? Et ſi vous n'oſez pas répondre l'affirmative, c'eſt en vain que vous demanderez, ſi par des conventions on peut prévenir cette veriété, qui n'opere aucun effet.

Nous avons dit, au Titre précédent, que l'état & la condition des perſonnes, & tout ce qui pouvoit dépendre de cet état & de cette condition, ſe régloient par la Loi du domicile; de maniere qu'une femme qui, ſuivant cette Loi, étoit en puiſſance de mari, ne pouvoit, par-tout ailleurs, ſe ſouſtraire à l'autorité maritale; & que celui qui étoit mineur dans le lieu de ſon domicile, étoit mineur par-tout, & qu'il falloit raiſonner des cas contraires par les mêmes principes; de maniere (& tel eſt l'effet de ces principes) que la femme & le mineur qui, dans le lieu de leur domicile, ne ſauroient contracter, ſavoir, la femme ſans l'autorité de ſon mari, & le mineur ſans l'autorité de ſon tuteur, ne pourront contrac-

ter ſans cette autorité, en quelques endroits qu'ils puiſſent ſe tranſporter.

Il faut ici parler d'un cas particulier, dont nous n'avons rien dit ci-devant. Un mari demeure dans un lieu où le droit de puiſſance maritale ne s'étend pas juſqu'à obliger ſa femme quand il s'oblige lui-même. Ce mari vient contracter dans un lieu où les femmes ſont obligées de droit à toutes les dettes de leurs maris. La femme pourra-t-elle être pourſuivie perſonnellement pour ces ſortes de dettes ? & ſi par haſard elle a, dans cet endroit, des effets mobiliers, pourront-ils être ſaiſis & arrêtés ?

Comme nous avons dit ci-devant que le pouvoir qu'avoit le mari d'obliger ſa femme, étoit une ſuite de la puiſſance maritale, & que cette puiſſance devoit ſe régler par la Loi du domicile, il faut conſéquemment décider que la femme, dans cette eſpece, n'eſt pas obligée : & Mævius, *ad jus Lub. Quæſt. præl.* 4, *n.* 20 ; & *de arreſtis. cap.* 9, *n.* 19, aſſure que cela a été ainſi jugé.

Mais pour nous renfermer dans ce que nous nous ſommes propoſé dans ce Chapitre, puiſque l'état de la perſonne n'eſt pas ſoumis à toute cette variété de Loix ; que c'eſt toujours la Loi du domicile qui regle cet état ; & que, quant à préſent, nous n'enviſageons que le cas où il n'y a pas de changement de domicile, il ne paroît pas qu'il ſoit néceſſaire de ſe beaucoup fatiguer pour ſavoir comment, & par quelle convention on peut prévenir cette variété de Loix ; car quelque convention qu'on ait pu imaginer pour fixer à la perſonne un même état, cette convention n'aura plus de trait à la diverſité des Statuts ; mais elle dépendra de la Loi du lieu où doit ſe diſcuter la validité des conventions, par leſquelles on aura voulu déroger à la condition des perſonnes & aux effets qui en ſuivent ; comme ſi l'on demandoit (& ceci concerne notre ſujet) s'il eſt permis, & comment on peut s'y prendre pour ſouſtraire les femmes, par des conventions matrimoniales, à l'autorité de leurs maris, ou pour borner cette autorité, & c'eſt ce que nous aurons à examiner, lorſque nous acheverons de diſcuter la nature & les effets de la puiſſance maritale ; & nous finirions même ici notre Chapitre, ſi Mævius, *D. cap.* 4, *n.* 21, n'avoit pas propoſé l'eſpece ſuivante, ſur laquelle il a fort inſiſté, qui eſt de ſavoir ſi une Loi pouvoit valablement

valablement ordonner qu'un mari non domicilié dans l'étendue de la Loi, mais qui y contracteroit, obligeroit auſſi ſa femme ; car ſi nous ſoutenons l'affirmative, voilà auſſi-tôt une matiere à diſpute qui dépend de ce Chapitre, c'eſt à ſavoir, ſi par quelque convention on peut prévenir cette diverſité de Loix ; mais Mævius a eu raiſon de nier que l'autorité d'un Légiſlateur ſoit telle, qu'elle puiſſe engager une femme qui ne contracte pas dans l'étendue de ſa domination : car dès-lors ce ſeroit impoſer des Loix à des perſonnes qui ne ſont pas ſes ſujets & ſes juſticiables ; mais à l'égard du mari, dès qu'il contracte dans un lieu, il eſt préſumé ſe ſoumettre aux Loix de ce lieu-là même.

## OBSERVATION XL.

RODENBURGH, dans les Chapitres précédents, a traité de la diverſité des Statuts, tant perſonnels que réels, & de leurs effets, ſoit dans le cas du changement de domicile, ſoit dans le cas où on n'en change pas.

Son plan eſt préſentement d'examiner ſi, par quelques conventions, on peut obvier à cette variété de Loix; & il commence, en ce Chapitre, par diſcuter ſi on le peut par rapport aux Loix perſonnelles, dans le cas où il n'y a pas de changement de domicile.

Comme juſqu'à préſent il a prouvé parfaitement que l'état & la condition de la perſonne ne dépendent que de la Loi du domicile, il en tire une conſéquence très-juſte, qui eſt que l'état de la perſonne n'eſt ſujet à aucune variété de Loix, dès que la perſonne continue le même domicile; qu'ainſi il eſt aſſez indifférent qu'on ait, ou qu'on n'ait pas prévenu cette variété par aucune convention.

Qu'importe donc, ſelon notre Auteur, qu'un homme qui eſt âgé de vingt ans, & mineur dans le lieu de ſon domicile, contracte dans un lieu où l'on eſt majeur à vingt ans? Qu'importe qu'une femme en puiſſance de mari, par la Loi de ſon domicile, contracte dans un lieu où la femme peut vendre, aliéner & diſpoſer de ſes biens, ſans l'autorité de ſon mari? c'eſt la ſeule Loi du domicile qui décide de l'état de la perſonne, enſorte que n'y ayant toujours que le même domicile, il eſt inutile de demander ſi, dans ce cas, l'on peut prévenir la variété des Loix perſonnelles par quelques conventions.

Il agite néanmoins la queſtion ſuivante. Un mari domicilié & marié dans un lieu où la puiſſance maritale ne produit que les effets ordinaires, & de droit commun, vient contracter dans un endroit où le mari, en s'obligeant, oblige ſa femme & ſes biens; il demande ſi la femme ſera tenue de l'engagement contracté par ſon mari, & ſi ſes biens en ſeront charges;

& il répond pour la négative, par la raiſon que ſi, dans le lieu du contrat, la femme eſt tenue de l'obligation de ſon mari, ce n'eſt qu'autant qu'elle y eſt domiciliée, & que la Loi du domicile l'y aſſujettit, à raiſon de la puiſſance maritale; ce qui ne ſauroit avoir lieu contre une femme domiciliée ailleurs, & où l'autorité maritale ne produit pas le même effet, & c'eſt cette Loi du domicile qu'il faut conſulter, & non celle du contrat.

C'eſt ainſi que Mævius, *ad jus Lubecenſe, quæſt.* 4, *prel. n.* 17, 18, *&c.* décide cette queſtion. Il diſtingue *actuum & contractuum ſolemnia, necnon effectus ab ipſis cauſatos cum eorum onere, & accidenti extrinſeco, quod contractus ſubſequitur, ſed non ex ipſis contractibus eſt; .... in his enim, quia non ſpectant ad formam modumque contrahendi, contractum autem extrinſecus ſubſequuntur, non ſectamur ſtatuta loci contractûs.* De-là il conclut que la femme n'étant, dans le lieu du contrat, tenue de l'obligation de ſon mari, qu'à cauſe de la puiſſance maritale, c'étoit à la Loi qui régloit cette puiſſance qu'il falloit avoir recours.

Hertius, *n.* 60, *de colliſione Legum*, traite la même queſtion. Il rapporte l'avis de Mævius, & l'adopte. *Negatum hoc rectiſſimè apud Mævium, quoniam illius modi obligatio ex ſocietate conjugali naſcitur, quam dùm uxor contrahentis domi non probavit, per maritum conditio ejus iniqua fieri non potuit;* & cela par la raiſon de Mævius, qui eſt que l'obligation de la femme n'eſt qu'un pur accident qui ne naît pas de la nature du contrat en lui-même. *Non reſultat per ſe ex contractu, ſed extrinſecus accidit.* Voyez l'*Obſerv.* 46.

Encore qu'il ſoit inutile, lorſqu'il n'y a pas de changement de domicile, d'agiter ſi, par des conventions, l'on peut prévenir la variété des Loix, quant à l'état de la perſonne, cependant il ne me paroît pas hors de propos de demander ſi l'homme pourroit, par quelques conventions, changer, ou même ſimplement déroger à l'état & à la condition qu'il a par la Loi de ſon domicile.

Par exemple, pourroit-on ſtipuler par contrat de mariage, qu'un mineur de vingt-cinq ans, domicilié à Paris, pourroit faire tous les actes d'un majeur, vendre, aliéner, diſpoſer de ſes fonds? J'eſtime que cette clauſe, ainſi généralement conçue,

ſeroit vicieuſe, & que le mineur qui ne ceſſeroit pas pour cela d'être mineur, n'en ſeroit pas plus en droit de faire toutes les aliénations en queſtion, par la raiſon que l'homme ne ſauroit donner atteinte, & ſe ſouſtraire aux Loix publiques.

Mais ne pourroit-on pas du moins déroger par convention à l'état d'une perſonne, pour quelque acte particulier ſeulement, convenir, par exemple, dans une donation, que le mineur pourroit aliéner l'héritage donné? Une pareille convention ne change pas l'état de la perſonne; le mineur eſt toujours mineur. Il n'eſt pas aſſimilé au majeur. La convention ne ſe porte que vers un effet particulier, & c'eſt une condition appoſée dans la donation, par celui même qui donne, & qui ſemble pouvoir impoſer telles conditions qu'il juge à propos à ſa libéralité.

Si on conſulte les Loix Romaines, nous trouverons qu'un pere, ou un teſtateur, qui donnoit à un mineur, *fundum ruſticum, vel ſuburbanum*, pouvoit lui permettre de le vendre ſans aucune formalité; c'eſt la diſpoſition de la Loi 3, au C. *Quando decreto opus non eſt, prædium ruſticum, vel ſuburbanum à minore viginti quinque annis alenari ſine decreto præſidis, niſi parentis voluntas, vel teſtatoris ex cujus bonis ad minorem pervenit ſuper alienando eo aliquid mandaſſe deprehendatur, nullâ ratione poteſt.*

Mais j'obſerverai que cette Loi n'eſt pas ſuivie parmi nous. Nous nous en tenons ſur cela aux principes généraux. Voyez *M. Louet, Lett. A. Somm.* 5; & *Mornac, ff. lib.* 8, *tit.* 4, *l. penult.* où, après avoir obſervé que Tiraqueau s'étoit déterminé pour la Loi *Prædium*, il ajoute que la Cour n'eût pas d'égard à cet avis, par Arrêt du 20 Août 1588; *ſolemnia enim adhibenda eſſe cenſuit.* Ainſi l'on peut vendre, mais avec les ſolemnités requiſes; & c'eſt ainſi, dit Mornac, que nous pratiquons cette Loi, *eoque jure ſervamus Legem.*

Par la même raiſon, ce ſeroit en vain que par un contrat de mariage on conviendroit qu'une femme mariée à Paris, qui y demeure avec ſon mari, & en communauté avec lui, pourroit vendre, aliéner, & contracter ſans ſon autoriſation, la femme n'en ſeroit pas moins dépendante,

ni moins aſſujettie à cette formalité eſſentielle, & habilitante.

C'eſt pourquoi les autoriſations particulieres & ſpéciales, pour toutes & chacunes les ventes que la femme veut faire de ſon bien, me paroiſſent indiſpenſables. Je rejette les autoriſations générales, comme dérogeant trop au droit public, & plaçant la femme dans un état d'indépendance, contraire à la Loi de ſon domicile. M. le Camus, Lieutenant-Civil, en a délivré ſon acte de notoriété, le 30 Juillet 1688.

J'en excepte néanmoins les autoriſations qui ne tendroient qu'à une ſimple adminiſtration; elles peuvent être données pour le ſoulagement même du mari. C'eſt un arrangement de famille dans ce cas particulier.

J'ai vu propoſer cette queſtion. Un frere avoit fait un legs à une de ſes ſœurs mariée, d'une rente viagere, à condition que ce ſeroit elle ſeule qui, en vertu de l'autoriſation générale que ſon mari lui donneroit, ou que Juſtice lui donneroit, en cas de ſon refus, recevroit ledit legs, en donneroit toutes quittances & décharges néceſſaires, pour en diſpoſer comme de choſe à elle appartenante, ſans que ſon mari pût lui en demander aucun compte.

La queſtion étoit, ſi ce legs auroit ſon exécution contre le gré de ſon mari, & j'eſtime qu'il n'y a dans cette diſpoſition rien contre les bonnes mœurs, ni contre le Droit public. La femme eſt autoriſée, ou par ſon mari, ou par la Juſtice, pour recevoir un ſimple revenu. Elle ne l'eſt que pour une choſe particuliere, qui ne la ſouſtrait pas de la dépendance de ſon état. J'eſtimerois néanmoins que le mari pourroit ſe plaindre par la ſuite, & pourroit révoquer ſon autoriſation, ſi cela cauſoit un dérangement dans les mœurs de ſa femme.

Mais une femme, ſéparée de corps & de biens, ou ſéparée de biens ſimplement, pourroit-elle être autoriſée d'une autoriſation générale & indéfinie, pour quelques aliénations que ce puiſſe être?

Je ſais que ſur cette queſtion, il y a avis pour & contre; mais quant à moi, je ſerois pour la négative, par la raiſon que ces autoriſations dérogent trop à la dépendance de la femme.

Il eſt vrai qu'on me repliquera, que la femme autoriſée

d'une autorisation générale, n'agit réellement que comme autorisée. Chaque acte qu'elle fait en cette qualité marque sa dépendance. Cependant si cette qualité annonce la dépendance originaire de la femme, elle la place dans une indépendance actuelle qui répugne à son état. D'ailleurs dans les pays Coutumiers, où les avantages entre mari & femme sont à craindre, ces sortes d'autorisations ne peuvent engendrer que des contestations. Rendra-t-on le mari responsable du prix des aliénations que sa femme aura faites? Il n'en a rien su, & même n'en a pas reçu les deniers; ne le rendra-t-on pas responsable? Tous les maris, du moins ceux non communs, vont autoriser leurs femmes d'une autorisation générale, & s'approprieront le prix de leurs biens. Renfermons-nous donc dans des autorisations particulieres qui conservent les regles, & qui n'ont point de suites si litigieuses. Voyez *Journ. des Aud. tom. 6, liv. 2, ch. 27.*

Mais si on ne peut pas donner, par convention, à une personne, un état personnel & public, que ne lui donne pas la Loi, pourroit-on, par convention, diminuer le pouvoir que son état lui donne?

Par exemple, dans les pays de Droit écrit, où l'état de la femme est d'être indépendante de la puissance maritale, quant à ses paraphernaux, & où elle peut les vendre sans le consentement de son mari, pourroit-on stipuler par contrat de mariage qu'elle n'en pourroit disposer par vente, ou autre sorte d'aliénation, sans son consentement? J'estimerois l'affirmative véritable, par la raison que cette convention ne fait que gêner & restreindre le pouvoir de la femme, & que chacun est le maître de se lier, quant à l'usage & la disposition de ses biens, sur-tout par contrat de mariage.

Mais si cette femme, nonobstant la convention, avoit fait quelque aliénation sans ce consentement, l'acte seroit-il nul? le mari ou la femme pourroient-ils se plaindre, supposé que la cause n'ait pas été rendue publique, & duement insinuée? car si elle l'a été, il n'y a pas de doute que la vente est nulle. Mais si elle ne l'a pas été, j'estime encore la nullité, parce que l'acquéreur n'a pu connoître que le bien étoit paraphernal, que par la lecture du contrat de mariage.

Il n'en seroit pas de même de l'interdiction d'un majeur. Elle doit être rendue notoire, & signifiée dans les Etudes

des Notaires du domicile de l'interdit, pour opérer ſon effet, parce qu'elle ne peut être connue que par cette voie.

Notre Auteur ajoute à la fin, qu'une perſonne qui contracte dans un lieu, eſt préſumée ſe ſoumettre aux Loix de ce lieu; mais cette maxime mérite une Diſſertation particuliere, que l'on trouvera ci-après. *Obſerv.* 46.

## CHAPITRE II.

*Des conventions par lesquelles on prévoit, & prévient la contrariété des Loix, que les Statuts purement réels peuvent faire naître entre des Parties, pour le cas où elles ne changent pas leur domicile.*

### SOMMAIRE.

I. *De l'effet, chez les Hollandois, d'une convention écrite dans un contrat de mariage, par laquelle il est dit que les biens du dernier des enfants, retourneront au côté d'où ils viennent, à l'exclusion du survivant des pere & mere.*

II. *De l'effet de cette même convention parmi nous.*

III. *Les conjoints peuvent-ils déroger à cette convention pendant le mariage?*

IV. *Le pere a-t-il droit de demander, de son chef, la distraction de la légitime ou de la trébellianique?*

V. *Le peut-il du chef de ses enfants, comme un droit qui lui auroit été transmis?*

VI. *Un fils ayant institué pour ses héritiers ceux qui doivent l'être de droit, quels héritiers seront appellés, ou ceux qui doivent l'être par la disposition de la Loi, ou ceux qui y sont appellés par les conventions matrimoniales de ses pere & mere?*

LEs Loix qui concernent la maniere de succéder *ab intestat*, nous ont servi d'exemple pour faire entendre ce que c'est que les Statuts purement réels; & nous avons dit que lorsqu'il s'agissoit de partager des immeubles, il falloit suivre la Loi de la situation des biens, & qu'il falloit suivre celle du domicile, quand il étoit question du partage des meubles. Voyons présentement comment il faut en user quand les Parties se sont arrangées d'une autre maniere par leurs contrats de mariage. Parmi nous, il n'y a qu'une maniere uniforme dans toute la Province, de succéder *ab intestat*; au

au lieu que dans la Hollande il y en a preſque toujours deux : dans certains endroits, on ſuccede par le droit de l'Echevinage, & dans d'autres, par le droit appellé *jus Aſingicum* ; en telle ſorte, qu'une ſeule & même hérédité eſt la plupart du temps régie par l'un & l'autre droit, & cela ne paroîtra pas ſi abſurde, ſi l'on fait attention à ce qui ſe pratique aujourd'hui ; car nous eſtimons que toute la ſucceſſion d'un homme compoſe autant d'hérédités différentes, qu'il y a de biens répandus dans différents endroits, ſoumis à des Loix différentes.

I. Préſuppoſons donc que des conjoints ſont convenus par leur contrat de mariage, que leurs enfants leur ſuccéderoient, & qu'arrivant le décès du dernier de ces enfants, ſans enfants, les biens maternels retourneroient aux parents maternels, & les biens paternels aux parents paternels, ſans que le ſurvivant des conjoints pût rien prétendre dans ces biens ; & voyons quel peut être l'effet de cette convention. Nous obſerverons d'abord que, chez les Hollandois, ces ſortes de conventions ont pris beaucoup de crédit & d'autorité, pour prévenir le changement de domicile des maris qui alloient demeurer ſur les terres qui ſont régies par le Droit appellé *Aſingicum*, ou qui y acquéroient des fonds dans l'intention que, ſi leurs enfants venoient à mourir après leur mere, ils puſſent, en qualité de peres, ſuccéder à ces biens, ſuivant le droit que les peres en ont, ainſi que l'atteſte Néoſtad, *in not. ad Obſerv. 2, de Pact. ante nupt.* & Grotius, *in Manuduct. lib. 2, part. 29.* Il faut pourtant prendre garde que ces Auteurs ont remarqué que la convention ci-deſſus n'a d'autre objet que de preſcrire la maniere de ſuccéder *ab inteſtat*, & ne peut ôter aux peres & meres, ni à leurs enfants, la liberté de diſpoſer de leurs biens. Ajoutez la déciſion de la Cour Souveraine de Hollande 78, & Coren. *Obſerv. 20, n. 16 & conſ. 9, n. 48 & ſequent.* Et cette queſtion s'étant préſentée parmi nous à l'occaſion d'une pareille convention, les Juges la déciderent par la volonté préſumée des Parties, & jugerent qu'il n'y avoit lieu de faire valoir la convention, que lorſque les enfants décédoient dans l'âge pupillaire, ou qu'ils décédoient, en quelque temps que ce fût, ſans avoir fait de teſtament ; & c'eſt avec raiſon que Peckius a dit qu'il falloit avoir de bons yeux pour voir que les choſes devoient être

autrement, *de Teſt. conjugum*, *lib.* 1, *cap.* 6. Cela a été ainſi jugé parmi nous, dans le Tribunal de la ville Capitale, le 23 Mai 1627.

III. Mais enfin, ſuppoſons que la convention, dont nous avons parlé ci-devant, ait été faite par quelques-uns de notre Nation, ſera-t-il permis aux conjoints de déroger à cette convention & de la changer? Non certainement, parce que parmi nous il n'eſt pas permis, pour procurer l'avantage d'un des conjoints, de déroger en la moindre choſe aux conventions matrimoniales. Radel. *Déciſ.* 84, *n.* 16 & 17. Voyez Goris en ſes Controverſes, *Tract.* 1, *cap.* 8; Chriſt. *ad Leg. Mecklen. tit.* 9, *art.* 11, *ad num.* 12, *in addit.* Chaſſeneuz, ſur Bourgogne, *Rub.* 4, §. 2, *verſ. & acquiſit. ſub. n.* 15; An. Robert. *rer. judic. lib.* 4, *cap.* 1. Cette déciſion eſt inconteſtable pour les biens qui ſont ſoumis aux Loix de notre Province; mais il en eſt autrement pour les biens qui ſont ſitués en Hollande, parce que ces biens ne ſont pas aſſujettis à la prohibition portée par nos Loix, comme nous l'avons montré ci-devant, & que parmi les Hollandois, il eſt permis, par diſpoſition de derniere volonté, de faire des changements aux conventions matrimoniales.

IV. En continuant de raiſonner ſur ces conventions matrimoniales, on a demandé ſi le pere pouvoit prétendre ſur les biens venants de la mere, & délaiſſés par la ſucceſſion du dernier des enfants qui a ſurvécu à la mere, une diſtraction & retranchement, ſoit de la légitime, ſoit de la trébellianique, ou de toute autre portion accordée par le Droit; ou du moins ſi la légitime ou la trébellianique que les enfants avoient droit de prendre dans la ſucceſſion de leur mere, & qu'elle ne pouvoit, ni grever, ni entamer en aucune maniere, n'appartient pas au pere, dans la ſucceſſion *ab inteſtat* de ſon fils: car dans ce que nous propoſons, il y a deux queſtions renfermées, qui ſont, que le pere de ſon chef d'abord, & encore du chef de ſes enfants, ſemble avoir droit de demander une légitime. Cependant Neoſtadius aſſure que le pere n'a pas lieu de rien eſpérer, parce que, dit-il, ces portions privilégiées qui ſont accordées par teſtament, ceſſent lorſqu'il y a des conventions au contraire. *In Not. ad dict. Obſ.* 2, & cela paroît aſſez certain chez les Hollandois. Voyez Grotius, *dict. part.* 29. Mais parmi ceux de notre Nation, la queſtion eſt plus controverſée, & a été agitée aſſez diffé-

remment ; mon avis ſeroit cependant qu'il ſeroit plus ſûr de penſer ſur ces queſtions, comme on fait en Hollande ; & pour commencer d'abord par celle qui eſt de ſavoir ſi le pere, de ſon chef, peut prétendre une légitime, il eſt certain que le pere, dans notre eſpece, n'eſt ni prétérit, ni exhérédé par ſon fils, qu'il n'eſt en aucune maniere par lui léſé dans ſa légitime, que par conſéquent le pere ne peut ſe plaindre d'aucune inofficioſité. Les Loix 3, & 30, *de inoff. teſtam.* & Faber, dans ſon Code, *lib.* 5, *tit.* 5, *defin.* 6, *n.* 3, prouvent parfaitement que la demande en légitime ceſſe, dès qu'il n'y a point lieu à la plainte d'inofficioſité. Voici, en cette matiere, l'argument ordinaire des Docteurs.

La demande en légitime a ſuccédé à la querelle d'inofficioſité, ou à la demande afin d'être mis en poſſeſſion des biens du défunt, contre la diſpoſition du teſtament. Or, le pere ne pourroit, ni ſe plaindre de l'inofficioſité, ni demander cette miſe en poſſeſſion, & par conſéquent il ne peut former demande en légitime. C'eſt ainſi, à peu près, que raiſonne Tiraqueau, dans une matiere aſſez ſemblable, *de jure primog. Quæſt.* 55, *n.* 11 ; & c'eſt de-là qu'on dit communément que ſi dans le monde on ne faiſoit pas de teſtament, il n'y auroit jamais de demande en légitime, Peregr. *de fideic. art.* 36, *n.* 5. Comment en effet peut-on demander une légitime ſur les biens d'un homme qui eſt mort *ab inteſtat ?* Si donc, dans l'eſpece propoſée, le pere eſt exclus de la ſucceſſion de ſon fils, ce n'eſt pas par aucune diſpoſition du fils ; mais par la propre convention du pere ; & comme c'eſt par ſon fait qu'il ſouffre ce dommage, il ne peut ſe plaindre que de lui-même. C'eſt pourquoi la nature de la légitime fait obſtacle au pere, puiſqu'elle eſt définie le tiers, ou la moitié de la portion que quelqu'un auroit eue dans les biens de celui qui décede, s'il fût mort *ab inteſtat ;* le pere demanderoit donc inutilement une légitime dans des biens dans leſquels il n'avoit rien à eſpérer *ab inteſtat* ; & nous ne devons faire nulle attention à cette regle commune des Docteurs, qui eſt que par une renonciation faite en général à une ſucceſſion, on n'eſt pas préſumé renoncer à la légitime, laquelle maxime eſt priſe de la Loi *ſi quando C. de inoff. teſt.*

Car vous remarquerez, en premier lieu, que, dans l'uſage que les Docteurs font communément de cette maxime, ils

l'appliquent à la renonciation que les enfants font à la ſucceſſion de leur pere, & non pas à celle que les peres font à la ſucceſſion de leurs enfants, parce que la ſucceſſion des enfants n'eſt pas due aux peres, comme celle des peres eſt due aux enfants, dit le Juriſconſulte dans la Loi 7, §. 3, ff. *unde liberi;* & la Gloſe elle-même ſur la Loi *ſi quando*, §. *illud* ſur ces mots *gravari ibi ſolutio, aliud in patre*, nie que cette diſpoſition concerne le pere, & Acacius ſouſcrit à cet avis, dans ſon Traité *de privileg. parentum & liberorum, privil.* 14, *parte alterâ, cap.* 5, *n.* 3.

Auſſi la plupart des Loix qui accordent quelques prérogatives particulieres aux enfants, ne ſont pas étendues aux peres & meres. C'eſt ainſi que la Loi *fin. C. de repud. hæred.* qui permet aux enfants qui ont renoncé à la ſucceſſion de leur pere, d'y pouvoir revenir, n'a point lieu par rapport aux peres qui renoncent à la ſucceſſion de leurs enfants, ſelon tous nos Docteurs, ſur cette Loi; c'eſt ainſi que la Loi *hâc conſultiſſimâ*, §. *ex imperfecto*, *C. de teſtam.* & celle *avus. ff. de cond.* qui parlent des enfants, n'ont nulle application aux peres. D'ailleurs, la regle dont eſt queſtion a lieu par rapport à une hérédité dont le droit eſt pleinement acquis, ou, pour parler les termes du Juriſconſulte, *L.* 1, §. *ſi impubes ff. de collat.* lorſque la demande de la quarte eſt déja née; mais non pas par rapport à une hérédité qui n'eſt pas encore échue: & c'eſt le ſentiment de ceux qui ont fait des Traités exprès ſur les prérogatives de la légitime. Voyez Merlin, *de Leg. lib.* 3, *tit.* 2, *quæſt.* 26, *n.* 13; Mang. *de imput. & detract. quæſt.* 91, *n.* 15; & Ruinus, qui a parlé avant eux, 1 *vol. Conſ.* 97, *n.* 7. Ajoutez-y deux autres Juriſconſultes d'une érudition étonnante, Tiraqueau, *Quæſt.* 55, *n.* 14; & Menochius *Conſ.* 71, *n.* 7.

V. Tout ce que nous venons de dire, eſt par rapport au premier membre de notre queſtion, qui eſt de ſavoir, ſi le pere, de ſon chef, a droit de diſtraire une légitime. Il y aura peut-être plus de difficulté dans le ſecond membre de la queſtion, qui eſt de ſavoir, ſi le pere n'aura pas cette légitime du chef de ſon fils, ou plutôt ſi les enfants, dans les biens de leur mere, ayant eu leur légitime franche, attendu qu'elle n'a pu leur être grevée, la Loi rejettant abſolument toutes les charges qui pourroient avoir été impoſées; *L.* 32, *& Auth.*

*noviſſ. C. de inoff. teſtam.* l'enfant ne tranſmet pas à ſon pere cette légitime ; tous les Docteurs ſe réuniſſent en ce point, qui eſt que les enfants ne peuvent être fruſtrés de leur légitime, quelques conditions que les pere & mere, en ſe mariant, ſtipulent dans leur contrat de mariage ; mais il n'y a rien, dans tout ce qui vient d'être propoſé, qui puiſſe faire grande impreſſion : car puiſque, dans nos mœurs, nous nous ſommes écartés de ces grandes regles, & que l'on peut diſpoſer, entre vifs, de ſon hérédité ; ou plutôt que les futurs conjoints peuvent, par leurs conventions matrimoniales, établir un certain ordre, tant dans leurs ſucceſſions *ab inteſtat*, que dans celles de leurs enfants, de maniere qu'à l'égard des enfants impuberes, ils aient pour héritiers ceux que les peres & meres jugent à propos de leur donner ; & qu'à l'égard des adultes, on puiſſe dire que décédant ſans s'être nommés des héritiers par teſtament, ils ſont préſumés n'en avoir point voulu d'autres que ceux qui leur ont été donnés par leurs pere & mere, il faut décider que les enfants, n'ayant été en aucune maniere grevés, il n'y a pas lieu pour le pere à prétendre, du chef de ſes enfants, ſoit une légitime, ſoit une trébellianique. Je n'ajouterai pas que le pere s'étant, par ſa propre convention, privé de la ſucceſſion de ſes enfants, il n'eſt pas poſſible ( quand on ſuppoſeroit qu'ils avoient le droit de diſtraire la légitime ) qu'ils aient tranſmis ce droit au pere, qui ne peut pas être leur héritier, & la tranſmiſſion ne pourroit s'en faire qu'au profit de ceux qui doivent leur ſuccéder *ab inteſtat* : c'eſt par cette raiſon qu'il n'y a pas long-temps que, dans une cauſe de réviſion par rapport à des biens qui étoient tenus à titre d'emphitéoſe, & qui, parmi nous, à l'inſtar des fiefs, appartiennent à la ligne d'où ils viennent, il a été jugé que le droit de légitime des enfants dans ces biens, ne paſſoit pas à la mere, qui étoit d'ailleurs héritiere *ab inteſtat* de ſon fils ; mais bien aux parents paternels du côté & ligne d'où provenoient ces biens.

VI. Il s'eſt derniérement préſenté une queſtion à la Cour, que je crois pouvoir ici rapporter, ſans m'écarter de mon ſujet. Des conjoints avoient, par leur contrat de mariage, établi un certain ordre, tant pour leur ſuccéder, que pour ſuccéder à leurs enfants *ab inteſtat*. Ces conjoints étoient décédés d'abord, enſuite étoit décédé le dernier des enfants,

qui étoit une fille. Elle avoit fait un teſtament, par lequel, après pluſieurs legs à différentes perſonnes, elle avoit dit qu'elle auroit pour héritiers ceux qui devoient lui ſuccéder de droit.

Il s'éleva une conteſtation entre celui qui étoit l'héritier préſomptif par la Loi, & celui qui étoit appellé en vertu des conventions matrimoniales des pere & mere, chacun prétendant cette ſucceſſion.

La Cour, en cette année 1651, adjugea, d'une voix unanime, la ſucceſſion à celui qui avoit pour lui les conventions matrimoniales, fondé ſur ce que, par les termes du teſtament, il paroiſſoit que la teſtatrice n'avoit pas voulu ſe faire des héritiers, mais qu'elle avoit voulu laiſſer les choſes comme elles étoient au temps de ſon teſtament; & ſi quelqu'un vouloit même s'attacher rigoureuſement à la force des termes du teſtament, il ſeroit en droit de dire, qu'il faut conſidérer lequel de ces prétendants avoit droit à la ſucceſſion, ſoit avant le teſtament, ſoit nonobſtant le teſtament, & que certainement ce ne pourroit pas être celui qui étoit le plus proche par la diſpoſition de la Loi, puiſque les conventions matrimoniales avoient changé l'ordre preſcrit par cette Loi, & en avoient ſubſtitué un autre. D'ailleurs, dans le doute, il eſt plus ſûr de préſumer que les enfants n'ont point voulu déroger aux conventions de leur pere & mere; outre que la teſtatrice, ayant fait des legs à ſes autres parents, ſans rien laiſſer à celui qui avoit droit de ſuccéder en vertu des conventions matrimoniales, quoique la teſtatrice ne parût pas être moins bien intentionnée pour lui, il étoit vraiſemblable qu'elle n'en avoit uſé ainſi, que parce qu'elle ſavoit que ce dernier étoit réellement celui qui devoit être ſon héritier, en vertu de la convention de ſes pere & mere.

## OBSERVATION XLI.

RODENBURGH répete en cet endroit le principe général qu'il a repandu dans tout ſon Ouvrage, qui eſt qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation des biens en fait de ſucceſſion; c'eſt-à-dire, pour déterminer ceux qui doivent ſuccéder, à quels biens, & pour quelles portions; & ce principe eſt ſi certain, que je n'en ferai d'application qu'à quelques eſpeces un peu particulieres.

Selon la Coutume d'Anjou, dans le cas de l'échange, ſi un roturier échange un fief, tenu en tierce foi, contre une roture, cet héritage roture ſe partagera pour la premiere fois, comme fief dans la ſucceſſion du roturier, pourvu que l'un & l'autre ſoient ſitués en Anjou, & cela parce que cette Coutume, qui régit les biens de part & d'autre, l'ordonne ainſi en l'*art.* 273; & c'eſt ce qui eſt porté dans la Note de M^e^ Ch. du Molin, ſur cet article. *Et ad hoc hæc conſuetudo reſtringitur, ut procedat in quæſitis in eadem Provincia, vel ſimilis conſuetudinis, ut quandò inter non nobiles alterum prædium* étoit en tierce foi, *& non alterum, & ſic ad differentiam conquæſtuum qui dividuntur viritim pro prima vice, undè cùm quidam permùtaſſet* ſon fief avec une roture ſous cette Coutume, ſes héritiers, *pro prima vice*, partagerent comme fief, *& benè; ſecundi hæredes volunt idem facere, & male, quia* roture.

Mais ſi le fief ſitué en Anjou étoit échangé avec une roture ſituée dans une Coutume où pareille diſpoſition n'a pas lieu, la roture reçue en échange ſeroit partagée comme roture, & cela encore à cauſe de la diſpoſition réelle de la Coutume de la ſituation. Et c'eſt ce que dit M^e^ Ch. du Molin, ſur le même article. *Secùs ſi permutetur cum prædio ſenonis, vel alibi, quia tunc bene ſortietur qualitatem generalem hæredii lineæ compermutati ut generaliter volunt conſuetudines, ut dixi in conſuetudine, ſed non quoad ſpecialia hujus conſuetudinis localis.*

C'eſt la déciſion de d'Argentré, ſur l'*art.* 418, *gl.* 2, *n.* 2, de la Coutume de Bretagne. *Itaque ſi pater permutaret feudum*

*nobile cum ignobili, perſtaret ea qualitas, nec ſpectandum eſſet quale fuiſſet quod datum eſt, ſed ut in ignobili ſuccederent, quale ſcilicet eſt quod acceptum eſt, & cui ſucceditur.*

Me Ch. du Molin, à cette occaſion, diſtingue dans les héritages différentes qualités, les unes intrinſeques, & les autres extrinſeques.

Les qualités intrinſeques ſont celles qui ſont attachées aux héritages, & qui paſſent avec eux, en quelques mains qu'ils puiſſent tomber; telles ſont les qualités de fief, ou de roture.

Les qualités extrinſeques ſont celles qui ſont purement accidentelles, & qui changent aſſez ſouvent en changeant de poſſeſſeur. Telle eſt la qualité de propre, ou acquêts.

M. Renuſſon, en ſon *Traité des Propres, ch.* 1, *ſect.* 10, *n.* 6, n'approuve pas cette diſtinction; il prétend que toutes ces qualités ſont également extrinſeques; & il peut avoir raiſon en prenant les choſes dans un ſens étroit & rigoureux; car tous héritages ſont égaux dans leur primitive nature; mais chacun ſent néanmoins que la qualité de fief, ou de roture, a quelque choſe de plus inhérent & de plus attaché à l'héritage, que celle de propre & acquêt. Ce qui eſt fief, ou roture, eſt tel en quelques mains qu'il paſſe; mais ce qui eſt propre au vendeur, devient acquêt à l'acquéreur.

Ainſi de droit général, une roture n'eſt pas ſubrogée à un fief, & n'acquiert pas cette qualité; mais un acquêt peut être ſubrogé à un propre, & être regardé comme propre.

C'eſt pourquoi je ne vois pas pour quelle raiſon Brodeau, ſur Louet, *Lett. S, Somm.* 10, *n.* 4, dit que la qualité de féodale eſt étrangere, caſuelle & fortuite, & que celle de propre eſt intrinſeque, primordiale, réelle & naturelle. La qualité de propre, ou acquêt, eſt certainement ſujette à bien des variations; celle de fief, ou roture, eſt plus immuable, & par conſéquent plus intrinſeque à l'héritage; & c'eſt ce qui a opéré la diſtinction des qualités d'intrinſeques, & d'extrinſeques. Voyez *du Molin, art.* 30, *de la Coutume d'Amiens.*

Mais *quid juris*, ſi l'héritage propre, ſitué en Coutume de côté & ligne, eſt échangé avec un héritage ſitué en Coutume ſouchere, ou ſitué en pays de Droit écrit; j'eſtimerois, quant à l'héritage reçu, & ſitué en Coutume ſouchere, qu'il ſera

ſera propre, puiſque la Coutume de la ſituation le veut ; mais qu'en ſa qualité de propre, il ſe partagera comme en Coutume ſouchere ; enſorte que, s'il y a des deſcendants, cet héritage reçu en échange leur appartiendra, & s'il n'y en a pas, le propre ceſſera d'être propre, & ſe partagera comme acquêt ; & à l'égard de l'héritage ſitué en pays de Droit écrit, il ſe partagera comme acquêt, puiſque la Loi de la ſituation n'admet pas de propre : ainſi, c'eſt la Loi de la ſituation de l'héritage reçu qu'il faut conſidérer. Si cette Loi admet la ſubrogation à la qualité de propre, l'héritage reçu ſera propre ; & ſi elle n'admet pas de ſubrogation, il n'y en aura pas. Auſſi quand Me Ch. du Molin, ſur l'*art.* 273 d'Anjou, dit que *ſi permutetur cum prædio ſenonis, vel alibi, ſortietur qualitatem generalem hæredii lineæ compermutati*, il préſuppoſe que la Loi de l'héritage reçu le veut ainſi, & que c'eſt le Droit commun de nos Coutumes, *ut generaliter volunt conſuetudines.*

En effet, c'eſt comme héritiers que les partageants prennent l'héritage reçu en échange.

Or, en cette qualité, ils ſont ſoumis à la Loi de la ſituation. C'eſt le raiſonnement de d'Argentré, ſur l'*art.* 418 ci-deſſus, *non enim hæredes ſunt fundati in conventione, ſed in qualitate duntaxat hæredum, quæ poſt mortem duntaxat habet effectum, ſed res ipſa qualitatem non mutat.*

C'eſt pourquoi, dans la Coutume de Normandie, un homme de cette Province qui avoit épouſé une femme d'Orléans, avoit fait un échange d'une ſucceſſion échue à ſa femme, avec des rentes & des héritages ſitués en Normandie, & ſa fille, mariée & excluſe en Normandie, ayant prétendu ſuccéder à ces héritages de Normandie, comme ſubrogés à ceux d'Orléans, & ce vis-à-vis ſon frere, elle en fut déboutée par Arrêt du Parlement, du 5 Février 1626, rapporté par Baſnage, *art.* 341, *in fine.*

Le Réglement de 1666 du Parlement de Normandie, en contient une diſpoſition préciſe, *art.* 67. *Les héritages ſe partagent ſelon la Coutume des lieux où ils ſont ſitués lors de la ſucceſſion échue, & non ſelon la Coutume des lieux où étoient ſitués ceux auxquels ils ſont ſubrogés.*

L'on a, à cette occaſion, agité une queſtion très-importante, qui, de la maniere dont elle eſt propoſée, appartient à

nos Queſtions mixtes. Elle eſt traitée par deux grands Commentateurs de Coutumes, Brodeau & Baſnage. Voici comment le premier la propoſe, ſur l'*art.* 94 de la Coutume de Paris, *n.* 17, vers le milieu. Un oncle, tuteur de ſon mineur, fait un échange, ſans avis de parents, ni autorité de Juſtice, de rentes conſtituées, contre une terre ſituée en Coutume où le mâle, en ſucceſſion collatérale, exclut la femelle quant aux fiefs : le mineur décede mineur, & laiſſe pour héritiers une tante & ſon oncle ſon tuteur.

La tante ſoutient devoir ſuccéder au fief, comme elle eût ſuccédé aux rentes conſtituées ; c'eſt-à-dire, également.

Ses raiſons ſont que le tuteur n'a pas été en droit, pendant la minorité, de changer la nature & la qualité des immeubles de ſon mineur, pour, en changeant la nature de ſes biens, changer l'ordre de ſa ſucceſſion.

» J'ai répondu, dit Brodeau, que l'*art.* 94 n'eſt que pour le » cas de la converſion d'une rente en deniers, qui ſont mobi- » liers ; ils ſont ſubrogés par l'office de la Coutume, afin que » le bien ne ſorte point de la ligne, & que l'ordre des ſuc- » ceſſions ne ſoit point interverti. Ici il s'agit d'une converſion » d'immeubles en autres immeubles, laquelle ſe trouvoit con- » venable à la qualité du mineur, utile & avantageuſe, & » faite ſans conſeil de fraude, en un temps innocent & non » ſuſpect. L'événement dans l'ordre troublé de la nature, n'eſt » pas conſidérable, pour empêcher que la ſucceſſion ne ſe » partage en l'état, & ſelon la nature & qualité des biens qui » ſe trouvent au jour du décès du mineur, l'intérêt duquel » regle celui des héritiers ; ce qui recevroit moins de diffi- » culté, ſi l'échange, ou l'emploi des deniers en fief, avoit » été fait par avis de parents & décret de Juſtice ; mais l'u- » tilité évidente, ou l'avantage de l'échange, ſupplée à ce » défaut. «

Baſnage, ſur l'*art.* 512 de la Coutume de Normandie, ſur la fin, propoſe la même queſtion, d'après Brodeau. Il rapporte la déciſion de cet Auteur, & ſes moyens, & il dit que cet avis reçoit néanmoins de la difficulté ; parce que l'aliénation des immeubles d'un mineur étant nulle, lorſqu'elle n'eſt pas faite par avis de parents, pour évirer les fraudes des tuteurs, il n'y a pas d'apparence de faire ſubſiſter un échange qu'un tuteur auroit fait dans la vue d'en profiter ſeul, & d'en ex-

clure les autres héritiers, en cas que ſon mineur vînt à décéder.

L'on voit, par la comparaiſon de ces deux avis, que Brodeau & Baſnage conviennent tous les deux que, lorſqu'il y a eu avis de parents duement homologué, il faut, dans ce cas, arrivant la mort du mineur, prendre les choſes comme elles ſont, par une autorité légitime qui a peſé le *quid utilius* pour le mineur, & ſe conformer à la Loi de la ſituation.

C'eſt ainſi que ſi dans une ſucceſſion échue à un mineur, il y a des dettes & point de mobilier pour les payer, & que pour les acquitter, on vende, en vertu d'avis de parents duement homologué, un propre paternel ou maternel, & que le mineur vienne à décéder, il faut prendre les choſes comme elles ſe trouvent, ſans indemnité pour l'héritier qui auroit ſuccédé au propre vendu.

Mais nos deux Auteurs ſe diviſent lorſqu'il n'y a pas d'avis de parents. Le premier prétend, qu'encore qu'il n'y ait point d'avis de parents, néanmoins ſi l'échange, ou l'aliénation, ſont évidemment utiles & avantageuſes au mineur, il faut s'en tenir là; mais qui ne voit qu'une pareille déciſion n'eſt capable que d'opérer des conteſtations? parce que chacun des héritiers, ſuivant ſes intérêts différents, ſoutiendra que l'aliénation eſt, ou n'eſt pas utile & avantageuſe aux mineurs; & pour éviter ces conteſtations, il eſt plus convenable de s'arrêter aux regles générales, qui ne permettent pas d'aliéner les biens des mineurs ſans avis de parents duement homologué, & ſans les autres formalités preſcrites par les Arrêts & Réglements de la Cour, avec d'autant plus de raiſon, que, s'il y a une utilité bien prouvée, il n'eſt pas à préſumer que les parents refuſent leur conſentement, & que le Juge refuſe ſon autorité.

A l'égard de Baſnage, il ſemble inſinuer que dès qu'il n'y a point d'avis de parents, il y a fraude de la part du tuteur, fraude qui ne peut jamais donner lieu à un contrat qui emporte aliénation & changement des biens d'un mineur; mais il pourroit y avoir autant d'ignorance, ou de négligence de la part d'un tuteur, que de fraude; &, dans l'un & l'autre cas, l'aliénation des biens d'un mineur, faite contre les Réglements, ne ſauroit jamais ſubſiſter.

D'où il eſt facile de conclure que, dans l'eſpece propoſée, il faudroit partager la ſucceſſion du mineur, comme elle l'auroit été avant l'échange, & que par conſéquent, la tante doit avoir part dans le fief reçu en échange, comme elle l'auroit eue dans les rentes conſtituées; ou du moins, qu'il lui faut une indemnité du tort qu'elle ſouffre par l'échange qui a été fait ſans autorité de Juſtice, & dont elle pourroit valablement demander la nullité.

L'échange opere une ſubrogation de l'héritage reçu à l'héritage donné; mais nous ne devons pas toujours nous repoſer ſur la ſureté de cette ſubrogation. Il eſt des Coutumes où certains biens ſont ſi difficiles à aliéner, & des combinaiſons de circonſtances ſi bizarres, qu'il n'eſt pas poſſible de prévoir les difficultés qu'elles feroient naître, & par conſéquent aſſurer même la validité d'un échange, qui de toutes les aliénations, paroît être la plus ſimple & la moins périlleuſe. En voici un exemple.

Une femme, mariée au Perche, poſſédoit des héritages en Normandie; elle les échange, conjointement avec ſon mari, contre d'autres héritages ſitués au Perche.

Au Perche, il eſt permis aux femmes de vendre & aliéner; en Normandie, au contraire, la femme ne peut vendre ſes biens dotaux, qu'autant que le mari a du bien pour les remplacer, ſinon il lui eſt permis de rentrer dans ſes biens vendus: le mari & la femme vendirent ce bien du Perche, qui avoit été reçu en échange de celui de Normandie, & le mari décéda inſolvable.

La femme, qui ne pouvoit ſe venger ſur le bien du Perche pour ſon remploi, forma action contre les poſſeſſeurs du bien ſis en Normandie, & qu'elle avoit échangé, pour lui indiquer des biens appartenants à ſon défunt mari, ſinon qu'il lui ſeroit permis de rentrer en poſſeſſion des biens de Normandie.

Ces poſſeſſeurs diſoient qu'il y avoit eu emploi des héritages de Normandie, & qu'on ne pouvoit leur imputer ſi la femme les avoit depuis aliénés. Sur cette eſpece, Arrêt de l'année 1629, rapporté par Baſnage, *art.* 539, en faveur de la femme.

La raiſon de l'Arrêt eſt que la femme, en dépayſant ſes biens & les changeant de Coutumes, ne peut perdre ſes hypotheques, ni ſes héritages. Baſnage fait bien ſentir toute la

difficulté qu'il y avoit dans cette eſpece ; mais il obſerve que le plus ſûr, dans ces occaſions, eſt de ne faire échange qu'avec des biens Normands, tant, dans cette Coutume, eſt grande la faveur de la femme pour ſes biens dotaux : & voilà une queſtion mixte où la réalité des droits de la femme l'a emporté ſur toute autre conſidération.

Si dans un même Royaume il n'y avoit qu'une Loi uniforme pour les ſucceſſions, comme notre Auteur nous aſſure qu'il n'y en a qu'une dans la province d'Utrecht, ou ſi nonobſtant la variété des Loix, la Loi du domicile du défunt fixoit & déterminoit la maniere de ſuccéder dans toutes les Coutumes, comme j'ai pris la liberté de le propoſer dans mon Diſcours préliminaire de mes Diſſertations mixtes & dans le préſent Ouvrage, il n'y auroit pas grande difficulté entre héritiers.

Mais dans le Royaume les Coutumes ſont, ſur cette matiere, très-différentes entr'elles. La ſeule regle *paterna paternis, materna maternis*, a des différences conſidérables ; & le double lien, admis en certains endroits & non en d'autres, a pareillement ſes variétés, & toutes ſont une ſource féconde de conteſtations.

Dans la Hollande, il y a deux Loix principales qui reglent les ſucceſſions, la Loi de l'Echevinage, & la Loi appellée *jus Aſingicum*. On peut voir dans Vinnius, *lib.* 3, *Inſtit. tit.* 5, *pag.* 541, les différences de ces deux Loix ; mais n'avons-nous pas auſſi parmi nous des Coutumes où les ſucceſſions ſont partagées par les droits d'Echevinage ? Telle eſt la Coutume d'Arras, Titre *des Entraveſtiſſements*. Dans la Coutume de Normandie, ne fait-on pas diſtinction entre les biens qui ſont en bourgage & ceux qui ſont hors de bourgage ? Enfin, dans la France, il y a, par rapport aux ſucceſſions, preſque autant de différentes manieres de ſuccéder, qu'il y a de différentes provinces & de différentes villes, ſoit que ces différences ſoient écrites dans des Loix préciſes, ſoit qu'elles ſoient fondées ſur des uſages anciens & des Juriſprudences bien conſtatées.

De-là notre Auteur conclut que la ſucceſſion d'un homme compoſe autant d'hérédités qu'il y a de biens répandus dans différents endroits ſoumis à des Loix différentes, & la maxime eſt vraie, quant au partage des biens dont la ſucceſſion eſt

compoſée ; mais il n'en faudroit pas conclure, dans nos mœurs, comme fait notre Auteur ailleurs, que parce que les biens du défunt ſe partagent différemment, ſuivant la différente ſituation des biens, néanmoins un même homme puiſſe diviſer la qualité d'héritier, ſe porter héritier dans une Coutume & renoncer dans une autre ; ſe dire héritier dans l'une & légataire dans une autre, dans laquelle il peut être héritier, & où ces deux qualités ſont incompatibles, parce que la qualité d'héritier eſt indiviſible, & que du moment que l'héritier préſomptif ſe porte héritier, il acquiert & contracte cette qualité par-tout où la Loi la lui défere ; mais nous avons traité cette queſtion. Voyez l'*Obſerv.* XVII. Notre Auteur a eu en vue, dans ce Chapitre, de traiter la queſtion de ſavoir, ſi les conjoints peuvent, par conventions entre eux, prévenir la contrariété des diſpoſitions réelles de nos Coutumes. Il poſe ſon examen dans des Coutumes que j'appellerai, d'après Burgundus, *diſpoſitiones reales indifferentes ;* c'eſt-à-dire, qui ne ſont point prohibitives. Il préſuppoſe que des conjoints ſont convenus, par leur contrat de mariage, qu'arrivant le décès du dernier de leurs enfants ſans enfants, les biens maternels retourneroient aux parents maternels, & les biens paternels aux parents paternels, ſans que le ſurvivant des conjoints pût prétendre, dans ces biens, aucuns des droits que les Loix de la ſituation pourroient lui donner, & il demande quel ſera l'effet de cette convention.

Nous pouvons appliquer cette eſpece à l'*art.* 314 de la Coutume de Paris. Par cet article, les peres & meres jouiſſent, par uſufruit, des biens délaiſſés par leurs enfants, décédants ſans enfants & ſans freres & ſœurs, qui ont été acquis par leſdits peres & meres, & par le décès de l'un d'eux advenus à l'un de leurſdits enfants, encore qu'ils ſoient & aient été faits propres auxdits enfants.

Or, il peut arriver que des conjoins, par leur contrat de mariage, conviennent que le ſurvivant d'eux n'aura pas l'uſufruit porté par cet article.

Nos Coutumes peuvent nous fournir encore d'autres exemples ; preſque toutes admettent la garde-noble, ou bourgeoiſe, & l'on peut préſuppoſer que des conjoints y ont renoncé par leur contrat de mariage.

La Coutume de Normandie, en l'*art.* 382, donne au mari

qui ſurvit à ſa femme, & qui a eu d'elle un enfant né vif, l'uſufruit des biens de ſa femme.

La Coutume de Poitou donne au pere, ſur les biens de ſon fils, des droits d'uſufruit à titre de puiſſance paternelle.

Or, préſuppoſons que, par contrat de mariage, le pere ait renoncé à ces droits; que dirons-nous dans toutes ces eſpeces?

Nous avons un principe parmi nous, qui eſt, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient pas contre les bonnes mœurs, ou contre la Loi prohibitive de la Coutume, ou de la Loi de la ſituation. *Si quis mulierem deſponſaverit, quidquid ei per tabularum, ſeu Chartarum inſtrumenta conſcripſerit, perpetualiter inconvulſum permaneat, L. Rip. tit.* 19, *de dot. mulier.* Voyez ci-après, *Chap.* 4.

Or, ces uſufruits accordés par les Coutumes ci-deſſus, ſont autant de bénéfices & d'avantages réels accordés par les Loix, auxquelles il me paroît qu'il n'y a nul inconvénient que des peres & meres puiſſent renoncer par leur contrat de mariage. Il n'y a rien dans ces renonciations *de genere prohibitorum.* Il y a le Conſeil 15 de Me Charles du Molin, donné ſur une queſtion approchante, & que mon Lecteur peut conſulter.

Mais ſi les conjoints peuvent, par contrat de mariage, renoncer aux avantages que les Loix leur offrent, peuvent-ils, par leur contrat de mariage, convenir qu'ils en auront contre, & au préjudice des modifications & reſtrictions appoſées par les Coutumes? Par exemple, la garde-noble, ou bourgeoiſe, ne peut durer que juſqu'à ce que ceux qui ſont en garde, ſoient parvenus à un certain âge. La garde ſe perd communément par un ſecond mariage. Les conjoints pourroient-ils convenir que la garde ſubſiſteroit au-delà de l'âge preſcrit par les Coutumes? Pourroient-ils convenir que le ſurvivant des conjoints ne la perdroit pas par un ſecond mariage? Pallu, ſur l'*art.* 319 de la Coutume de Tours, en agite la queſtion. Cette Coutume donne au ſurvivant des conjoints, y ayant enfants, la jouiſſance pendant ſa viduité de la part des meubles, acquêts & propres appartenants aux enfants, juſqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de puberté; & ſi le ſurvivant ſe remarie, il perd ladite jouiſſance. Pallu

demande ſi, dans le cas où il y auroit une convention par le contrat de mariage que le ſurvivant jouiroit ſa vie durant des acquêts, cette convention ſeroit valable, & il dit qu'elle ſeroit entretenue, étant une convention de ſociété licite, nonobſtant même ſon ſecond mariage, ou nonobſtant l'âge de puberté de ſes enfants, & il ajoute que M. Rogier rapporte Arrêt du 13 Avril 1593, confirmatif d'une Sentence du Préſidial, du 1 Septembre 1592, contre Etienne Mahoudeau, au profit de Marie le Royer, ſa belle mere, l'*art.* 319 n'étant conçu en termes prohibitifs.

Il faut obſerver que la déciſion de Pallu eſt reſtreinte aux acquêts pendant le mariage, encore que la Coutume s'étende même aux propres. Or, la queſtion étant reſtreinte aux acquêts, & non étendue aux propres, on peut dire véritablement que c'eſt une convention d'une ſociété licite, & par conſéquent qui doit être exécutée.

Mais cette raiſon de convention de ſociété licite influeroit-elle pareillement ſur une convention qui comprendroit les propres au préjudice de la puberté, & dans le cas du ſecond mariage? Pallu, par ces termes de ſociété licite, a-t-il entendu parler en général de la ſociété conjugale? il me paroît que, ne parlant que des conquêts, il n'a voulu auſſi parler que de la ſociété de communauté, & non pas en général de la ſociété conjugale; enſorte qu'il a laiſſé la queſtion, par rapport aux propres, indéciſe, & pour la décider, voici deux regles que je propoſe.

La premiere, lorſque la perſonne peut, par la permiſſion de la Coutume, donner purement & ſimplement, & ſans aucune condition, ni reſtriction, ce que la Coutume ne donne par elle-même que ſous des modifications ou reſtrictions, l'homme, par diſpoſition ou convention, peut déroger à ces modifications ou reſtrictions, parce que la diſpoſition de l'homme ſe trouve permiſe & autoriſée; mais quand c'eſt la Loi qui donne, & qu'elle donne au-delà de ce qu'elle permet à l'homme de donner, & qu'elle y met des modifications, l'homme n'y peut déroger du moins que juſqu'à concurrence de ce qu'il auroit pu donner purement & ſimplement.

La ſeconde regle eſt d'examiner s'il n'y a pas quelque Loi publique que l'on puiſſe offenſer, ou ſi l'on ne détruit pas la ſubſtance

ſubſtance de la diſpoſition, en dérogeant aux reſtrictions & modifications des Coutumes.

Ainſi, pour la déciſion de la queſtion indéciſe de Pallu, en ce qui touche les propres, il faut conſidérer ce que la Coutume permet à l'homme de faire au-delà de ce qu'elle fait elle-même.

La faveur des contrats de mariage eſt telle que, par iceux, on peut donner aux biens une toute autre nature que celle dont ils ſont en eux-mêmes; par exemple, on peut ameublir des immeubles, pour en diſpoſer comme meubles en certains cas; on peut immobiliſer des meubles pour les exclure de la communauté, ou pour les affecter au côté & ligne de celui des conjoints qui les apporte en mariage.

On peut donner, en ſimple uſufruit, ce qu'on peut donner en propriété; mais ne donnant qu'en uſufruit, on ne pourroit pas décharger de donner caution, parce que ce ſeroit détruire la ſubſtance de la diſpoſition.

A l'occaſion d'immobiliſations de deniers, on a douté longtemps ſi des peres & meres, mariant leur fille, & ſtipulant que les deniers qu'ils lui donnent conjointement en dot, lui ſont propres, & aux ſiens de ſon côté & ligne, ces deniers réaliſés, provenant tant du pere que de la mere, devoient, arrivant le décès de la fille mariée, & de tous ſes enfants, appartenir en entier au ſurvivant deſdits peres & meres, à l'excluſion de tous les collatéraux, même de ceux du pere ou de la mere prédécédé; mais enfin la déciſion vient d'être fixée au profit du ſurvivant du pere ou de la mere de la fille mariée, par un Arrêt de réglement du 16 Mars 1733. Le pere & la mere de la future ſont conſtamment du côté & ligne de la future, & ſont les plus proches de leurs petits-enfants, décédant ſans enfants, & ſans freres & ſœurs.

Notre Auteur obſerve que cette ſtipulation de propre, par contrat de mariage, n'ôte pas la liberté de diſpoſer par teſtament, & cela s'obſerve de même parmi nous, ſi les parties n'ont pas prévu le cas particulier. Voyez Renuſſon, *des Propres.*

On a demandé dans la Coutume de Normandie, à l'oc-

caſion de l'*art.* 330, qui porte que, quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts, que ce qui leur appartient par la Coutume, à laquelle les contractants ne pourroient déroger, on a, dit-on, demandé ſi l'on pourroit, dans cette Coutume, ſtipuler que le mari ne pourroit acquérir qu'en des lieux où la femme prendroit moitié; & Baſnage répond que cette ſtipulation ſeroit incivile, le mari n'ayant pu s'impoſer cette néceſſité; mais quoique d'ailleurs j'admette le principe que la ſtipulation ne ſauroit prévaloir ſur une diſpoſition légale prohibitive, j'aurois de la peine à admettre la déciſion particuliere de Baſnage: la Coutume de Normandie eſt bien prohibitive d'une convention qui donneroit à la femme une plus grande part dans les conquêts, que celle qu'elle donne; mais cette Coutume donne moins dans certains endroits, que la moitié, & dans le général de ſes diſpoſitions, elle donne la moitié: pourquoi la femme n'aura-t-elle pas la liberté de ſtipuler que ſon mari fera ſes acquiſitions de maniere qu'elle ait moitié? elle prévient ce qui ſeroit au-deſſous de moitié, & cette moitié n'eſt toujours qu'une portion permiſe dans la Coutume.

Des Actes entre vifs, je paſſe aux teſtaments, & je demande ſi un homme pourroit, par ſon teſtament, dire, dans la Coutume de Paris: je veux que mes héritiers, en ligne directe, mâles ou femelles partagent également ma ſucceſſion ſans droit d'aîneſſe dans les fiefs? Je veux que tous mes héritiers partagent mes propres entr'eux, ſans diſtinction de côté & ligne. Je ne veux pas que tels & tels mes héritiers préſomptifs ſoient mes héritiers. Je ne croirois pas que ces diſpoſitions duſſent avoir lieu.

Ma raiſon eſt qu'il y a des diſpoſitions de Loix & de Coutumes qui ſont de droit public, & nullement dans le pouvoir de l'homme. Les droits d'aîneſſe ſont accordés aux aînés par une raiſon d'Etat, & pour le bien général d'une nation. La réſerve des propres, juſqu'à une certaine concurrence, eſt encore fondée en raiſon publique & générale; il importe que les familles ne ſoient pas dépouillées par des diſpoſitions trop outrées, & que les biens que nous recueillons de nos

proches, paſſent à ceux du même ſang, à l'excluſion d'un ſang étranger. Enfin, c'eſt la Loi qui fait les héritiers, & non l'homme.

Nous avons pluſieurs Loix Romaines qui nous guident en cette matiere. La Loi 27, ff. *de Reg. juris*, porte, *nec ex Prætorio, nec ex ſolemni jure, privatorum conventione quicquam immutandum eſt.* Voilà pour ce qui regarde les Actes entre vifs. Quant aux teſtaments, nous avons la Loi 55, ff. *de Legatis :* 1°. *Nemo poteſt, in ſuo teſtamento, cavere ne Leges, in ſuo teſtamento, locum habeant.*

On a demandé ſi un homme ayant, par ſon teſtament, voulu qu'un certain effet fût propre, cette volonté teſtamentaire faiſoit un propre de diſpoſition, & il a été jugé par deux Arrêts pour la négative. Le premier du 17 Juin 1711, au rapport de M. l'Abbé Maingui ; autre du 8 Juin 1722, ſur les concluſions de M. l'Avocat-Général de Lamoignon, à préſent Chancelier de France, dans l'eſpece d'une rente que M. Jérôme Geneſt, par ſon teſtament, avoit léguée, & qu'il avoit voulu être propre pour retourner aux héritiers naturels du teſtateur. Dans cette eſpece, celui qui avoit recueilli cette rente, en vertu du teſtament, avoit fait un legs univerſel : l'Arrêt confirma la Sentence du Châtelet qui avoit déclaré la rente compriſe dans le legs uniuerſel. Telle diſpoſition ne contient fidei-commis : par conſéquent c'étoit vouloir, ſans uſer d'une voie permiſe, qui eſt le fidei-commis, rendre propre ce qui étoit acquêt, & empêcher l'exécution ordinaire des Loix.

Mais quand pouvons-nous déroger aux Loix ? quand ne le pouvons-nous pas ? Quelles ſont celles que nous devons regarder comme Loix publiques ? Quelles ſont celles qui ne le ſont pas ? Je n'ai rien trouvé de meilleur, ſur cela, que ce que dit Godefroy, ſur la Loi 27, ci-deſſus, *de Reg. juris*, où je renvoie avec plaiſir mon Lecteur, perſuadé que cet Auteur le ſatisfera. Voyez encore l'*Obſervation* 42 ; &, dès à préſent, j'obſerverai que la Coutume d'Angoulême, *art.* 62 du *chap.* 24, porte que les débiteurs, contre leſquels il y a contrainte par corps, allant & venant aux foires & marchés publics, ou en Cour pour expédition de leurs procès, dont ils ſeront crus à leur ſerment, ne doi-

vent être pris, arrêtés & détenus au corps, ni exécutés en leurs biens, pour aucune dette ou matiere civile. Mᵉ Charles du Molin demande : *an privatâ pactione renuntiari possit huic consuetudini ?* Et il répond, *verius puto quod non, favore undinarum ; hoc enim principaliter favore publico introductum est.*

## CHAPITRE III.*

Traduit du Latin de Rodenburgh.

*Des conventions faites pour ſe précautionner contre la contrariété des Loix, quant aux ſolemnités des Actes, & cela, pour les cas où l'on continue le même domicile.*

NOus avons examiné quel pouvoit être l'effet des conventions par rapport aux Statuts purement réels, tels que ſont communément ceux qui concernent les ſucceſſions *ab inteſtat;* il faut voir préſentement ſi, par des conventions, on peut valablement ſe ſouſtraire aux formalités preſcrites pour la validité des actes : car entre les Statuts réels, il y en a où l'action de l'homme doit intervenir, & nous les avons diviſés en deux claſſes; ſavoir, ceux qui regardent la formalité, & ceux qui regardent le fonds & la ſubſtance des actes. Quant aux Statuts qui diſpoſent de la formalité, il n'y a pas grande difficulté : il n'eſt pas au pouvoir des particuliers de déroger aux formalités preſcrites pour la confection des actes, ſoit par la Loi de la ſituation des biens, ſoit par la Loi du domicile.

Perſonne en effet ne peut empêcher que dans un teſtament, qu'on ſe propoſe de faire par la ſuite, les Loix ſoient obſervées; c'eſt pourquoi, il n'y a pas long-temps, que le Conſeil Provincial, en conformité du Jugement du Sénat de Friſe, jugea qu'un legs fait par un teſtament ſous ſeing privé, n'étoit pas dû, quoique le teſtateur, par un précédent teſtament fait en bonne forme, eût marqué que ſon intention étoit que tous les legs qu'il pourroit faire par la ſuite par acte ſous ſeing privé, fuſſent pleinement acquittés, parce que c'eſt très en vain que ce teſtateur avoit voulu, par rapport à ces ſortes de legs faits depuis ſon teſtament, ſe ſouſtraire aux formalités preſcrites par la Loi. Il eſt vrai que dans plus d'un endroit de nos Loix, on trouve qu'un homme peut, par un teſtament fait dans toutes les formes, donner ſon hérédité, ou

faire un legs particulier, & remettre à nommer cet héritier, ou ce légataire dans des codicilles, ou par tout autre écrit qui faſſe foi; que l'on peut pareillement remettre à fixer dans des codicilles, ou autre écrit, la quantité qu'on veut léguer, parce que, dans ce cas, nous avons preuve par un acte ſolemnel, que le teſtateur a voulu inſtituer quelqu'un pour ſon héritier, ou lui faire un legs; mais lorſque la volonté de donner & de léguer, & le nom du légataire, ainſi que la quantité du legs, en un mot, lorſque la diſpoſition entiere eſt portée par un acte qui n'eſt pas revêtu de ſes formes, il n'y a ni principe, ni raiſon qui puiſſent faire valoir une pareille diſpoſition; mais ſi l'on veut approfondir encore plus cette queſtion, il faut conſulter Herbajus, qui l'a très-bien diſcutée, *Res quotid. lib. ſingul. cap.* 8.

## OBSERVATION XLII.

RODENBURGH traite en ce Chapitre la queſtion de ſavoir ſi, par quelques conventions, on peut ſe ſouſtraire aux formalités preſcrites par les Loix & les Coutumes, pour la vérité & l'authenticité des actes, & il décide pour la négative.

En effet, tous nos Auteurs conviennent que ces formalités ſont de Droit public, auquel il n'eſt pas poſſible de ſe ſouſtraire, ni de déroger; & l'on cite, à ce ſujet, communément Jaſon, ſur la Loi *jus publicum ff. de pactis.*

Comme il eſt important de ſavoir diſtinguer ce qui appartient au Droit public & ce qui appartient au Droit particulier, & les cas où l'on peut déroger à ce Droit particulier, voici les ſommaires de la doctrine de Jaſon. *Aut loqueris in jure publico, aut in jure privato.*

*Circà primum, fac regulam, quod juri publico non poteſt pacto privatorum derogari, nec cum pacto publicarum perſonarum.*

*Intelligitur autem jus publicum . . . quatuor modis.*

1°. *Jus naturale, vel ſanguinis.*

2°. *Illud quod publicam utilitatem principaliter reſpicit, puta quod delicta puniantur.*

3°. *Illud quod jus reipublicæ tangit.*

4°. *Ubicumque Lex diſponit dando formam, vel ſolemnitatem actui.*

*Circà ſecundum in jure privato quod principaliter ad privatam alicujus utilitatem inductum eſt, fac regulam contrariam quod ei regulariter poteſt renunciari.*

*Fallit in quinque caſibus.*

1°. *Quandò illud jus eſſet inductum propter imbecillitatem ætatis.*

2°. *Quandò illud jus eſſet principaliter inductum in odium alterius.*

3°. *Fallit quando talis renunciatio induceret aliquid contra bonos mores, vel invitaret ad delinquendum.*

4°. *Quandò eſt jus prohibitorium.*

5°. *Ubicumque in aliquo actu apponitur clauſula annullativa, quia illud cenſetur inductum pro forma.*

J'indiquerai encore ici une autre diviſion faite par nos Auteurs, *jus vel eſt publicum autoritate & utilitate, autoritate ſcilicet quod publice, ſive publicâ autoritate conſtitutum eſt, ad differentiam juris quod acquiritur ex conventionibus; utilitate ex eo quod ad utilitatem publicam, hoc eſt totius populi univerſim & conjunctim pertinet;* & pour lors on n'y peut déroger. *Aut eſt publicum autoritate tantùm, & privatum utilitate*, & pour lors on peut y déroger. Voyez Vinnius, *lib.* 1, *tit.* 1, §. 4; & *lib.* 1, *tit.* 2, §. 11, *Inſtit.*

D'Argentré, *art.* 19 de la Coutume de Bretagne, qui porte que les Arbitres ne peuvent exécuter leurs Sentences, propoſe la queſtion, *an conventio partium valebit, ſi eâ caveatur ut Arbiter exequi poſſit?* Et voici ſa réponſe : *valere putavit Petr. Jacob. tit. de recurſu ad arbitrium boni viri, cujus Sententiam meritò uſus non admiſit, cùm id poteſtatem partium tranſgrediatur, nec ſit in earum Arbitrio tribuere quod publicæ ſit autoritatis quam privato nemini uſurpari liceat, injuſſu ſuperioris.*

De ce principe que l'on ne peut pas déroger au Droit public, notre Auteur en conclut que dans la Friſe tous teſtaments devant être faits ſolemnellement, & par un acte public, un legs fait par un acte ſous ſeing privé étoit nul, encore que le teſtateur eût marqué, par un teſtament public, que ſon intention étoit que tous legs qu'il pourroit faire par

la ſuite, même par acte ſous ſeing privé, fuſſent pleinement exécutés; & il diſtingue ce cas d'avec celui où un teſtateur ayant fait un legs par un teſtament revêtu de ſes formes, auroit remis à nommer ſon légataire dans des codicilles, ou dans tout autre acte faiſant foi; & il renvoie à Herbajus, dans ſon livre, *Rerum quotidianarum, cap.* 8. J'exhorte mon Lecteur à voir cette Diſſertation, qui eſt bonne.

Rodenburgh, après avoir dit dans ce Chapitre, qu'il n'eſt pas au pouvoir des particuliers de déroger aux formalités preſcrites pour la confection des actes, ajoute, ſoit que ces formalités ſoient requiſes par la Loi de la ſituation des biens, ſoit qu'elles ſoient requiſes par la Loi du domicile; & à cet égard, il faut ſe reſſouvenir qu'au *Chap.* 3 *du Tit.* 2, notre Auteur admet qu'on peut obſerver les formalités du lieu où la choſe eſt ſituée, quand on eſt domicilié dans ce lieu, ſur quoi voyez ce que j'ai dit en cet endroit.

CHAPITRE

## CHAPITRE IV.

*Des conventions par leſquelles on obvie à la diverſité du droit que les Statuts réels peuvent faire naître par rapport à la ſubſtance des actes, encore même que l'on ne change pas de domicile.*

### SOMMAIRE.

I. *Peut-on valablement ſtipuler que la dot ſe répétera ſuivant la Loi de tout autre lieu que celui du domicile ?*

II. *Que décider dans le cas où la Loi de la ſituation des biens s'oppoſera à cette convention ?*

III. *La convention étant que la femme gagnera ſon douaire tel que les uſages le lui donnent, de quels uſages faudra-t-il entendre la convention ?*

IV. *J'ai inſtitué pour héritiers ceux que je dois avoir ab inteſtat, quels héritiers ſuis-je cenſé avoir inſtitués ?*

V. *Si des conjoints d'Utrecht ſont convenus qu'ils ſeront réglés par le Droit de Hollande, pourront-ils ſe faire des donations mutuelles en propriété ?*

VI. *Si des conjoints ſont expreſſément convenus qu'il leur ſera permis de s'avantager mutuellement, la donation des biens ſitués chez nous aura-t-elle ſon effet ?*

VII. *S'il y a des biens ſitués dans des lieux où il ſoit permis aux conjoints de s'avantager, faudra-t-il ſuppléer, ſur ces biens, ce qui ſera retranché de ceux que les conjoints ſe ſeront donnés, & qui ſe trouveront ſitués chez nous ?*

VIII. *Eſt-il permis chez nous, par conventions matrimoniales, de laiſſer au ſurvivant des conjoints, certains biens ?*

IX. *Que faut-il décider dans le cas où l'on aura ſtipulé que le douaire s'étendra ſur des biens ſitués dans des lieux qui ne donnent pas de douaire ?*

X. *Si des conjoints de notre Province sont convenus entre eux qu'ils ne pourront pas, pendant le mariage, s'avantager, même en usufruit, pourront-ils déroger à cette convention?*

XI. *Que faut-il dire si c'est le pere qui, en dotant, fait cette stipulation?*

XII. *Que décider si le pere n'est que présent à la stipulation?*

I. APRÈS avoir traité des Statuts, en ce qui concerne la forme & la solemnité des actes, il faut présentement passer à ceux qui concernent la matiere & la substance de ces mêmes actes; ce qui forme d'autant plus de difficulté, qu'un grand nombre de questions s'élevent à cette occasion, qui demandent une grande discussion. Je ne crois pas que l'on puisse jamais se tromper, en décidant qu'à l'égard des immeubles (car nous avons ci-devant dit très-amplement, qu'à l'égard des meubles, il falloit suivre la Loi du domicile) il faut considérer si les Loix de la situation admettent & autorisent, ou non, les conventions faites pour prévenir la contrariété des Loix réelles. Par exemple, s'il est convenu, par des conventions matrimoniales, que la dot sera répétée, conformément à la Loi d'un certain endroit qui ne sera pas celui du domicile du mari; le Parlement de Paris, daus cette espece, a très-sagement décidé, que la convention devoit être exécutée, ainsi que Mornac l'atteste, *ad L. exigere dotem ff. dejudiciis.*

II. Pourquoi cela? C'est qu'il étoit permis dans le lieu de la situation, comme dans le lieu du domicile matrimonial, de faire une pareille convention: si, au contraire, par les Loix du lieu où les biens sont situés, il est porté que le douaire qui est à prendre sur les immeubles, n'excédera pas le tiers de ces immeubles, (laquelle limitation sembleroit devoir être admise parmi nous, eu égard à la dépravation des mœurs) il est certain qu'une convention par contrat de mariage, dérogeante à cette Coutume, ne seroit d'aucune efficacité quant aux biens qui y sont situés; mais le douaire sera réduit aux termes prescrits par cette Coutume, parce que personne ne peut, par une convention particuliere, résister à une Loi publique négative, ou prohibitive. Voyez R. Chop. sur la Coutume, de Paris *lib.* 2, *tit.* 2, *n.* 15 & 22, vers la fin. Aussi

Burgundus, *tract.* 1, *n.* 51, a fort bien remarqué que, ſi les conjoints ont réciproquement apporté en mariage des biens ſitués ſous différentes Coutumes, le gain de ſurvie appartient, ou n'appartient pas au ſurvivant, ſelon les Coutumes où les biens ſe trouveront ſitués ; de ſorte qu'il faudra ſuivre la Loi de la ſituation.

III & IV. C'eſt pourquoi, s'il a été convenu que la femme aura le douaire que lui donnent les Loix, cette convention ne ſera pas entendue du douaire preſcrit dans le lieu du mariage, ni de celui preſcrit par la Loi du domicile ; mais bien de celui que les différentes Coutumes de la ſituation peuvent donner, comme l'a décidé le Parlement de Paris, ſelon Chopin, en l'endroit cité, *n.* 15 ; & ce qui a été décidé parmi nous, n'eſt pas contraire à ce que nous venons de dire ; c'eſt à ſavoir, qu'un teſtateur ayant inſtitué pour ſes héritiers ceux qui devoient lui ſuccéder *ab inteſtat*, ces héritiers inſtitués n'étoient pas ceux appellés par la Loi du domicile du teſtateur ; mais ceux appellés par les différentes Loix de la ſituation. Ces deux Jugements dont nous venons de parler, ſont-ils bien dans la regle ? &, par rapport à ce dernier, nos Juges ne ſont-ils pas critiqués avec raiſon par Joan. à Sandé, *Deciſ. Friſ. lib.* 4, *tit.* 8, *defin.* 7 ? C'eſt ce que nous verrons ailleurs, parce que ces deux queſtions dégénerent en pure interprétation de volonté, & ne dépendent pas de la ſeule autorité de la Loi, & partant elles n'appartiennent pas au ſujet que nous traitons.

V. Voici encore une autre eſpece. Suppoſons que des habitants d'Utrecht ſoient convenus, dans leur contrat de mariage, qu'ils ſeroient régis par le droit de Hollande, la donation que l'un d'eux aura faite à ſon conjoint, des biens ſitués à Utrecht, où la faculté de ſe donner eſt très-réduite, & eſt reſtreinte à un ſimple uſufruit, ſera-t-elle bonne ? La ſolution dépend de ſavoir ſi, par une convention, on peut ſouſtraire des héritages à la Loi prohibitive de leur ſituation, ce que nous avons nié tant de fois ; car nous avons dit ſouvent, & nous le répéterons toujours, que les Loix du lieu exercent un empire abſolu ſur les héritages qui y ſont ſitués. Or, l'on ne peut pas, par des conventions particulieres, déroger à une prohibition publique, faite en faveur des héritiers légitimes ; autrement les particuliers auroient le pouvoir d'empêcher que les Loix prohibitives du lieu ne les aſſujettiſſent. Et le Parlement de

Paris a ſuivi cet avis, comme le rapporte Chopin, *de Privil. ruſt. lib.* 2, *cap.* 2, *n.* 4.

VI. De-là on voit ce qu'il y a à répondre, lorſque, par des clauſes matrimoniales, on eſt convenu que, nonobſtant la Loi prohibitive du domicile des parties, il leur ſera loiſible de ſe faire des avantages; mais comme, ſur cette queſtion, tout le monde n'eſt pas d'accord, il faut la traiter un peu plus amplement. Il y en a qui prétendent que cette convention doit avoir ſon exécution.

Voyez Menochius, *conſ.* 496, *n.* 109; Bocrius, *ad conſ. Bituric. tit.* 8, §. 1, *n.* 6, *verſic, ſed qui ſi fiat*; Chaſſan. *de rub.* 4, §. 7, *in verb. niſi aliter*, *n.* 2; ce dernier cependant parle d'une Loi qui, en excluant la faculté entre conjoints de ſe donner, porte cette exception; ſi ce n'eſt que les conjoints en ſoient convenus autrement par leur contrat de mariage. Il y en a au contraire un grand nombre qui eſtiment que cette convention ne ſauroit ſubſiſter. *Scipio Gentilis*, *lib.* 4, *de Donat. inter vir. & ux. cap.* 3; Argent. *ad conſ. Britann. art.* 220, *gl.* 7, *n.* 1 & 2; Louet, en ſon Recueil, *lettre. M. cap.* 4, Molin, ſur les Coutumes générales de Bourgogne, *chap.* des Droits & Appartenances, *art.* 26; & depuis, Goris, *in adverſ. tract.* 1, *cap.* 6, *n.* 20, aux Notesdont il a enrichi cet Ouvrage, où il cite Charondas, en ſes réponſ. 13, *cap.* 86; & pour cet avis, nous avons un moyen victorieux que d'Argentré, cet homme ſi ſavant, tire de la Loi 4. C. *de Donationibus propter nuptias*, laquelle déclare ſans effet tout ce que le fiancé donne à ſa fiancée, ſous cette convention que le Domaine ne lui en ſera acquis, que lorſque le mariage aura été célébré; d'où, à plus forte raiſon, doit-on rejetter une donation dont on ne remet pas ſimplement l'accompliſſement & l'exécution, mais que l'on remet même à faire après le mariage, qui eſt un temps prohibé; & c'eſt en conſéquence de cette Loi que Godefroi & pluſieurs autres nous ont donné cette maxime, qu'*il étoit égal de faire une choſe dans un temps prohibé ou de remettre à la faire dans ce temps-là.*

Cependant, pour le dire en paſſant, ce n'eſt pas ſans raiſon que d'Argentré eſt ſurpris que la Loi 4, ci-deſſus, déclare nulle une donation qui, en ſoi, ne renferme d'autre condition que celle-ci qui eſt ordinaire, *ſi le mariage s'enſuit* : & le droit ne défend point de donner à ſa fiancée, ſous cette

condition, *L.* 1, *ff. de Donationibus*, §. 4, *Inſt. eod.* ſi ce n'eſt que nous oppoſions à d'Argentré qu'une donation ainſi faite, ſous la condition que le mariage s'accomplira, eſt parfaite dans ſon principe. Le donateur s'étant dépouillé de la choſe donnée, pour la répéter néanmoins dans le cas où le mariage ne s'accompliroit pas, comme n'ayant été donnée que pour une cauſe qui n'a point eu d'accompliſſement : au lieu que, dans l'autre eſpece, le Domaine n'eſt pas acquis ; mais l'acquiſition en eſt remiſe à un temps prohibé, c'eſt-à-dire, dans un temps où les conjoints ne peuvent plus ſe donner, la Loi ne permettant pas que, par des conventions particulieres, on déroge tellement au droit public, que l'on ſe réſerve la faculté de faire une choſe dans un temps où cette choſe n'eſt pas permiſe. *L. juris gentium*, §. *& generaliter. L. jus publicum* 38, *ff. de Pact. L. quod bonis* 14, §. *frater ad Legem falcid.* & c'eſt conformément à ces principes qu'Ulpien a dit très à propos que, ſi le fiancé a donné à ſa fiancée, de maniere néanmoins qu'il ne donne qu'après le mariage, telle donation tombe dans le cas de la prohibition de la Loi, *L.* 32, §. 22, *ff. de Don. int. vir. & ux.* Et il ne faut que ſentir la raiſon de la prohibition, pour être perſuadé de la nullité de toute convention qui porte réſerve de s'avantager : car, ſoit que cette prohibition ait eu pour motif, la tranquillité & l'honneur du mariage, qui eſt preſque la ſeule raiſon des Romains, ſoit que ce ſoit plutôt pour empêcher que des conjoints, par des libéralités outrées, ne faſſent un trop grand préjudice à leurs héritiers légitimes, l'une & l'autre de ces raiſons s'oppoſent à cette réſerve de pouvoir s'avantager pendant le mariage, & c'eſt ce qui a été jugé par notre Conſeil provincial, & unanimement arrêté dans un jugement de réviſion entre Charles Conſtants, du chef de ſa femme, ci-devant épouſe de Dieménus, Premier Préſident de la Compagnie des Indes, & Pierre de Gruyter & conſorts.

VII. Mais que ſeroit-ce, ſi un teſtateur avoit d'autres biens qui ne fuſſent pas ſoumis aux Loix de notre Province, & dont il eût droit de faire des libéralités, faudroit-il ſuppléer au ſurvivant, ſur ces biens, autant qu'il auroit été donné ou légué des autres biens prohibés ? *Joannes à Sandé, Déciſ. Friſic. lib.* 4, *tit.* 4, *defin.* 4, ſoutient très-ſavamment la né-

gative, & en rapporte Arrêt rendu en son pays ; &, si l'on décidoit autrement, la Loi prohibitive deviendroit absolument inutile & illusoire, & il ne faut pas repliquer que, si le testateur avoit pu prévoir que la libéralité qu'il exerçoit, devoit être sans effet, par rapport à la Loi de la situation, il auroit d'autant légué de ses autres biens qui n'auroient pas été assujettis à cette Loi, ensorte qu'il est juste que le conjoint survivant se récompense sur ces biens libres, de ce qu'il ne peut pas prendre dans les biens donnés ; mais si cette raison étoit recevable, il arriveroit que, toutes les fois qu'il auroit été légué ou ordonné quelque chose contre la disposition des Loix, ou au-delà de ce qu'elles permettent, ou même contre la forme prescrite, le légataire ne manqueroit pas de répondre aussi-tôt : nous avons ici la volonté certaine d'un homme qui veut donner ; il faut favorablement venir au secours de cette volonté ; & si l'on peut, par quelque voie, y satisfaire, soyons sûrs que le testateur a voulu qu'on s'en servît ; mais cette prétendue volonté certaine est très-obscure ; car il arrive souvent que des hommes font exprès des dispositions qu'ils savent ne devoir être d'aucune valeur, & cela pour se débarrasser des caresses intéressées, ou des persécutions de leurs femmes qui en veulent à leur succession.

VIII. Ce que nous venons de dire qu'il n'est permis à personne de faire une chose pour avoir lieu dans un temps prohibé, ou de remettre à la faire dans ce temps-là, doit s'entendre d'une maniere qu'il faille décider le contraire, dans le cas où la convention, contenue dans un contrat de mariage, auroit sa perfection entiere, sans que par la suite il fût nécessaire de faire aucun autre acte.

IX. C'est pourquoi, parmi nous, il est permis, par contrat de mariage aux conjoints, de nommer le survivant d'entr'eux pour héritier de la propriété même de tous leurs biens, ensorte que s'il étoit convenu que le gain de survie seroit pris généralement sur tous les biens, en quelque endroit qu'ils fussent situés, même dans un endroit qui n'accorderoit pas pareil gain de survie, nous soutenons avec Burgundus, *tract.* 1, *n.* 52, que le survivant auroit une action personnelle pour contraindre l'héritier à fournir ce gain de survie : car cette convention est valable & parfaite en elle-même ; & il n'est pas ques-

tion de faire un nouvel acte dans un temps prohibé ; il faut ſeulement attendre la mort de celui qui a accordé un pareil gain pour être en droit de l'exiger.

X. Je me ſouviens que l'on demanda derniérement ſi des conjoints parmi nous, ayant ſtipulé dans leur contrat de mariage, qu'ils ne pourroient, en aucun cas, ſe donner l'un à l'autre l'uſufruit de leurs biens, ces mêmes conjoints pourroient néanmoins valablement ſe donner, ſuppoſé qu'ils jugeaſſent à propos par la ſuite de révoquer cette convention. Pluſieurs Juriſconſultes que nous étions, avons répondu, que la donation ſeroit bonne, parce qu'elle ne ſeroit pas contre nos Loix qui ne défendent pas ces ſortes de donations, quand elles ſont en ſimple uſufruit, enſorte qu'il faut raiſonner parmi nous de cette convention, comme ſi des Hollandois s'étoient interdit, par contrat de mariage, toute faculté de ſe donner pendant que, ſi je ne me trompe, il eſt libre en Hollande de s'écarter, par diſpoſition de derniere volonté, d'une pareille convention. Parmi nous, la raiſon, qui ne permet pas de révoquer les conventions matrimoniales, étant la crainte que cela ne dégénere en donation de propriété qui eſt défendue, cette raiſon ceſſeroit pareillement dans l'eſpece d'une donation en ſimple uſufruit. C'eſt pourquoi dans cette eſpece, je crois que le conjoint pourroit valablement changer de volonté. C'eſt ainſi que Chopin donne à entendre que le Parlement de Paris avoit jugé que des conjoints n'avoient pas pu, d'un conſentement mutuel, déroger à des conventions matrimoniales, parce que, ce qu'ils avoient fait, dégénéreroit en avantage indirect entre mari & femme, défendu par la Coutume, ſur la Coutume d'Anjou, *lib.* 3, *tit.* 2, *de Connub. bonor. conſort. n.* 22, *in fine.*

XI. Il faudroit pourtant décider autrement, ſi le pere, en dotant ſa fille, avoit ſtipulé que les conjoints ne pourroient s'avantager, pas même en uſufruit, étant permis à un chacun d'ajouter telle clauſe qu'il juge à propos, à ſa libéralité, *L.* 48, *de Pactis.* Mais que dira-t-on, ſi la femme s'eſt mariée du ſien, & qu'elle ait appellé ſes parents pour convenir des articles du mariage, comme il eſt d'uſage ? Il y a, ſur cette queſtion, une diſtinction qui eſt fort approuvée. Si la femme les a appellés pour les gratifier, ou leur procurer quelque avantage, il faut exécuter la convention écrite ; que ſi les parents

n'ont été appellés que pour régler, en ſon nom, les conventions, ou pour ſatisfaire à un certain uſage, ou enfin pour leur marquer la conſidération qu'elle a pour eux, & on le préſume toujours ainſi dans une femme qui ſe marie du ſien, *L.* 72, *Mulier*, §. *ult. ff. de jure dotium*, nous répondrons, dans ce dernier cas, ainſi que nous avons répondu ci-devant, que la femme peut, comme elle le juge à propos, changer par la ſuite ſes conventions matrimoniales, *D. L.* 72, *L. Seia de Dot. præleg. L. cùm quis nuptura de Leg.* 30; & les autres autorités rapportées par Coſtalius, *ad L. cùm marius*, §. *mulier*, *ff. de Pact. dotal.* & étant conſulté ſur cette queſtion, j'ai répondu, avec pluſieurs autres, pour cet avis, non cependant ſans avoir été fort balancé en ce que les conjoints avoient ſemblé vouloir, par leur convention, ſe procurer de la tranquillité pendant leur mariage, afin que chacun, content du ſien, ne fût pas excité à fatiguer ſon conjoint, & à le moleſter juſqu'à ce que ce conjoint lui eût fait une donation, de ſorte que ce motif de bien public a déterminé quelques-uns, avec aſſez de raiſon, à ſoutenir que la convention devoit être exécutée. Voyez Goris, dans ſes Controverſes, *tit.* 1, *cap.* 8. *n.* 7, outre que cette convention ſert à empêcher les voies frauduleuſes, & à prévenir la crainte de déplaire, qui eſt un motif aſſez ordinaire entre perſonnes ſi proches, de ſorte qu'un ſeul regard de travers eſt un juſte motif de crainte entr'elles. Mornac, ſur la *L.* 26, §. 2, *ff. de Pactis dot.* dit de fort belles choſes ſur ce ſujet.

OBSERVATION

## OBSERVATION XLIII.

RODENBURGH agite dans ce chapitre, la queſtion de ſavoir ſi, dans le cas où l'on ne changeroit pas de domicile, il eſt permis de prévenir, par des conventions, la contrariété que les différents Statuts réels peuvent faire naître quant aux choſes qui ſont la matiere des contrats, & il décide pour l'affirmative, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation fût prohibitive négative de la convention.

Cette déciſion eſt fort juſte; car les biens étant ſitués dans des lieux qui admettent & autoriſent la convention, ou qui ne la défendent pas, c'eſt-à-dire, dans ces lieux où, comme dit Burgundus, *Leges civiles ſunt indifferentes*, l'homme a une pleine liberté de s'arranger comme il le juge à propos; ce ſont des conventions *quæ pendent à voluntate partium:* que ſi au contraire la Loi de la ſituation eſt prohibitive, ce ſeroit aller contre la Loi qui régit les biens, ce qui n'eſt pas admiſſible.

La premiere eſpece que notre Auteur propoſe à ce ſujet, eſt celle où des conjoints ont ſtipulé, par contrat de mariage, que la dot immobiliaire ne ſe répétera que conformément à une certaine Loi qui n'eſt pas celle du domicile du mari, & il dit que, par Arrêt rapporté par Mornac, *ad L. exigere de Judiciis*, on a jugé en faveur de la convention; & que la raiſon de décider fut, (c'eſt notre Auteur qui parle), que la Loi du domicile matrimonial, & la Loi de la ſituation des biens autoriſoient cette convention.

Mornac, dans l'endroit cité, agite effectivement cette queſtion, *Si tabulis conventum ſit ut dos exigatur ſecundùm Conſuetudinem loci in quo domicilium non habeat maritus;* & il répond *ſtandum eſſe ejuſmodi pactioni;* & la raiſon qu'il en donne n'eſt pas celle de notre Auteur, mais bien la faveur des contrats de mariage, ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, *favore nimirùm contractûs matrimonii, qui pactiones omnes admittit*, ſans nous inſtruire ſi la Loi de la ſituation étoit ou n'étoit pas prohibitive de la convention; mais il paroît néceſſaire de préſuppoſer, comme fait Rodenburgh, que

la Loi de la ſituation ne s'y oppoſoit pas ; car la faveur des contrats de mariage ne ſauroit l'emporter ſur une Loi prohibitive.

Suppoſons, par exemple, que, ſuivant la Loi du domicile, la dot ſe répete dans un certain temps, & que la Loi, à laquelle les parties ſe ſoumettent, donne un temps plus conſidérable ; je ne ſais pas ſi cette eſpece peut être d'un grand uſage dans le pays coutumier ; car le général de nos Coutumes eſt que la dot doit être reſtituée auſſi-tôt après la diſſolution du mariage ; mais je n'en connois pas qui défendent d'en reculer la reſtitution, ſoit qu'elle conſiſte en meubles, ſoit qu'elle conſiſte en immeubles, & je ne vois aucun inconvénient d'en différer le paiement, du moins en payant les intérêts ; &, par rapport aux pays de droit écrit, la reſtitution ne s'en faiſoit anciennement, quant à la dot mobiliaire, que dans le courant de trois ans, & par tiers, *annuâ*, *binâ*, *trinâ die in quolibet anno 3ª pars ;* mais, par le droit du Code, la reſtitution s'en fait, ſavoir, dans l'année, quant à la dot mobiliaire, & quant à la dot conſiſtante en fonds, à l'inſtant de la diſſolution du mariage, ſuivant la Loi *unic. C. de rei uxor.*

Par les Loix 14, 15 & 16 du *ff. de Pact. dot.* il étoit permis d'avancer le temps de la reſtitution ; mais non pas de le reculer, *ut citeriore die reddatur, non longiore ;* & Mᵉ Charles du Molin, en ſon Conſ. 52, obſerve que, par le délai, *dos fit deterior*, & que telle paction *de jure non valet.*

Mais ſuppoſons diverſité de Loix à cet égard, dont les unes ordonnent plutôt ou plus tard la reſtitution de la dot après le décès du mari, pourroit-on convenir que la reſtitution s'en feroit uniformément & conformément à une ſeule & même Loi ?

Nous ne parlons que de la dot immobiliaire ; car, pour la dot mobiliaire, il n'y a pas de difficulté que la reſtitution d'icelle dépend de la Loi qui régit cette dot, ſoit que ce ſoit la Loi du domicile du mari, ſoit que ce ſoit celle du domicile de la femme, & que, ſi cette Loi eſt prohibitive de la convention, la convention eſt nulle.

Quant à la dot immobiliaire, il eſt certain que les conventions qui reculeroient cette reſtitution, feroient un avantage au mari ; mais je ne vois point de raiſon qui puiſſe em-

pêcher la convention, ſi ce n'eſt que la Loi de la ſituation fût prohibitive, comme elle paroît être en pays de droit écrit, où le moment de la reſtitution de la dot qui conſiſte en immeubles, eſt néceſſairement & de Loi, le moment de la diſſolution du mariage.

Cependant Henrys, *liv.* 4, *ch.* 3, *queſt.* 9, rapporte un Arrêt du 20 Mai 1617, qui a jugé la convention bonne; Me Bretonnier, en ſes Notes, n'approuve pas l'Arrêt.

Dans le cas où la convention ſera admiſe dans une Coutume, & prohibée dans une autre, il arrivera que, ſi la dot conſiſte en fonds répandus dans différentes Coutumes, partie ſera à rendre dans le temps porté par la Loi prohibitive, & partie dans le temps porté par la convention; mais cet inconvénient peut ſe rencontrer de lui-même dans le cas où il n'y auroit pas de convention, ſi la dot ſe trouvoit répandue dans les différentes Coutumes dont nous venons de parler. Ainſi j'eſtime que, nonobſtant cet inconvénient, il faut obéir aux Loix prohibitives de la ſituation, qui ont droit d'ordonner & de commander aux biens; & dans le cas où la femme redemanderoit ſa dot avant le temps marqué par la convention, & ce, conformément à la Loi de la ſituation, j'eſtime que les héritiers du mari ne pourroient exciper contre elle de la convention pour empêcher l'exécution de la Loi de la ſituation; la convention vient échouer contre la réalité du Statut prohibitif.

En général toutes ces queſtions ſe décident par la diſtinction d'entre les Coutumes prohibitives négatives de la convention, & celles qui ne ſont que négatives. C'eſt ce qui ſe fait ſentir dans la queſtion ſuivante.

Notre Auteur demande ſi un mari, ayant des biens au jour de ſon mariage ſujets au douaire coutumier, mais répandus en différentes Coutumes, dont les unes donnent à la femme la jouiſſance de la moitié, & les autres la jouiſſance du tiers, avec prohibition de ſtipuler une plus forte portion, la convention d'un plus fort douaire pourroit ſubſiſter, & il répond qu'il ſeroit réductible, attendu la prohibition de la Loi de la ſituation. J'ai traité cette queſtion, *obſerv.* 37.

Il parle enſuite des gains de ſurvie, & j'en ai traité, *obſerv.* 38.

Il agite encore cette autre queſtion. Des conjoints ſe ma-

rient domiciliés dans une Coutume qui, avant leur mariage, leur permet toutes ſortes d'avantages entr'eux ; mais qui les leur défend directement ou indirectement pendant leur mariage, ou qui ne les permet qu'en ſimple uſufruit, ou même en uſufruit de certains biens ſeulement. Ces conjoints ont leurs biens ſitués dans le lieu de leur domicile, & ils ſtipulent entre eux par le contrat de mariage, que conformément à une Coutume, à laquelle ils ſe ſoumettent, & qui le permet, ils pourront, pendant leur mariage, ſe donner ces mêmes biens, cotre la prohibition de la Coutume de leur domicile. Notre Auteur demande ſi cette convention ſeroit bonne, & ſi la donation qui ſeroit faite en conſéquence pendant le mariage, auroit lieu. Il dit que les Auteurs ſont partagés ; mais il décide pour la négative par ces principes, 1°. que l'on ne peut pas déroger à une Loi prohibitive ; 2°. qu'il eſt égal de faire une choſe dans un temps prohibé, ou de remettre à la faire dans ce temps-là, & telle eſt notre Juriſprudence.

Si ces mêmes conjoints, mariés en Coutumes prohibitives, avoient leurs biens ſitués en Coutumes permiſſives, & que, par convention, ils ſe fuſſent réſervé la faculté de ſe donner, en ce cas, les conjoints ſe faiſant donation conformément à la Coutume de la ſituation des biens, cette donation ſeroit valable ; mais ce ne ſeroit pas en vertu de la réſerve qu'ils auroient faite par leur contrat de mariage, mais en vertu de la Loi de la ſituation, puiſque, ſuivant cette Loi, la donation ſeroit valable, encore même qu'ils ne ſe fuſſent pas réſervé cette faculté.

Que ſi les conjoints étoient convenus, au contraire, par leur contrat de mariage, que nonobſtant toutes Coutumes, mêmes permiſſives, ils ne pourroient s'avantager en quelque Coutume que ce puiſſe être, notre Auteur décide qu'ils pourroient néanmoins s'avantager, quant aux biens ſitués dans les Coutumes qui le permettent, & qu'il l'avoit réſolu ainſi avec pluſieurs Juriſconſultes, par la raiſon que ce que feroient les conjoints, ne ſeroit pas contraire à la Loi de la ſituation, puiſque nous la ſuppoſons permiſſive ; & que la crainte de déroger aux conventions matrimoniales, pour ne pas tomber dans le cas de l'avantage indirect, ceſſeroit dans ce cas, la Loi permettant la donation.

Mais nous n'adopterions pas, dans nos mœurs, cette déci-

ſion ; les contrats de mariage ſont ſacrés parmi nous. C'eſt ordinairement le concert de deux familles, & c'eſt du moins un contrat qui fait une regle, & eſt une Loi irrévocable pour les conjoints & pour leurs parents ; enſorte qu'encore que les conjoints, pleinement majeurs, euſſent arrêté entre eux ſeuls leurs conventions matrimoniales, ils n'y pourroient encore déroger depuis leur mariage. Il importe trop à la tranquillité générale des mariages, que ce qui a été une fois arrêté par des conjoints, entre eux ſeuls ou avec leurs parents, ſoit ſtable & permanent. *Standum pactis præſertim nuptialibus quæ majori ſolemnitate magisque ſeriò fiunt, & ſpeciali favore pollent*, Mol. *Conſ.* 15, *n.* 5. Voyez Louet & Brodeau, *Lett. M. Somm.* 4. Mais à cette raiſon générale, il en faut ajouter une autre particuliere, qui eſt, qu'il n'y a pas d'inconvénient que des conjoints renoncent à un bénéfice que leur offre la Loi, & qu'il y en auroit un très-grand de ſe donner une faculté & un bénéfice qu'elle nous refuſe, non-ſeulement avec négation, mais encore avec prohibition.

Voici une eſpece qui va faire ſentir combien les contrats de mariage ſont ſacrés parmi nous, & combien on les ſuit à la rigueur.

Dans la Coutume d'Artois, il y a, de droit, communauté entre conjoints, *art.* 134, 139.

Dans cette même Coutume, l'homme ne peut avancer ſa femme, ni la femme ſon mari, par diſpoſition teſtamentaire, ni autrement, *art.* 89.

Néanmoins, dans cette même Coutume, le mari peut convenir, en faiſant quelques acquêts, que ce ſera pour lui & ſa femme, le dernier vivant, tout tenant, & n'eſt par ce, dit la Coutume, réputé avoir avancé ſadite femme, *art.* 120.

*His poſitis*, des conjoints ſe marient en Artois, & ſtipulent par leur contrat de mariage, que les effets de la Communauté ſeront partagés par moitié.

Le mari, pendant le mariage, acquiert des biens en Artois, pour lui & pour ſa femme, le dernier vivant, tout tenant. Queſtion ſi le ſurvivant aura le tout. Il ſembleroit d'abord que l'on devroit décider pour l'affirmative, & j'avouerai ingénument que je l'aurois penſé ainſi. La Coutume d'Artois, en l'*art.* 120, permet au mari, étant en communauté avec ſa femme, d'acquérir pour le dernier vivant, & n'eſt telle ac-

quiſition réputée avantage ; le partage par moitié, convenu par le contrat de mariage, ne ſembleroit pas être une dérogation à l'*art.* 120, les Parties n'avoient fait qu'exprimer l'opération, qui eſt la ſuite naturelle de la communauté d'entre conjoints, & qui conſiſte dans un partage par moitié ; mais de la même maniere qu'en ſtipulant une communauté en Artois, on n'eſt pas cenſé déroger à l'*art.* 120. auſſi, en marquant l'effet de cette communauté, & la maniere légale de la partager, n'eſt-on pas cenſé y déroger pareillement.

Néanmoins jugé, dans ce cas, pour le partage par moitié, à cauſe de la clauſe préciſe du contrat de mariage, & nonobſtant la clauſe de dernier vivant, tout tenant, portée par le contrat d'acquiſition ; & ce, par trois Arrêts, l'un du 27 Mars 1706, au rapport de M. l'Eſcalopier, à la troiſieme ; le ſecond, au rapport de M. le Fevre, à la cinquieme, du premier Septembre 1703 ; & un troiſieme du 13 Mai 1707, au rapport de M. Feydeau. Tout cela, dit M. Maillard, qui les cite ſur l'*art.* 120, *n.* 15, 16 & 17, fondé ſur l'inaltérabilité des conventions matrimoniales.

Il faut donc regarder comme un principe, que l'on ne peut déroger aux conventions matrimoniales.

Auſſi notre Auteur, qui eſtime le contraire, eſt-il obligé d'excepter le cas où la fille auroit été dotée par ſon pere, qui auroit ſtipulé que les conjoints ne pourroient s'avantager.

Sa déciſion générale ne doit donc être admiſe que pour le cas où la fille ſe ſeroit dotée elle-même, & où ſes parents n'auroient ſigné que par honneur au contrat ; mais cela n'eſt nullement de nos mœurs, parce que (on le répete) les contrats de mariage ſont des Loix dans les familles, & il n'eſt plus poſſible d'y toucher, dès que le mariage eſt célébré.

On pourroit, avec quelque raiſon, accorder qu'entre majeurs, qui ſont abſolument maîtres de leurs conventions, ils pourroient, après avoir ſigné un premier contrat de mariage, de l'agrément même de la famille, en refaire un ſecond entre eux ſeuls avant que de ſe marier, anéantir le premier, & changer les conventions ; mais cela ne ſe peut plus auſſi-tôt que le mariage eſt célébré. Le contrat en eſt irrévocable par la crainte de l'avantage indirect dans pluſieurs Coutumes, & dans toutes, afin que les conjoints, du jour de leur mariage,

puiſſent vivre enſemble tranquillement ſous la foi de leurs conventions, & que le ſort des familles ne ſoit pas toujours vacillant.

Il m'a paſſé par les mains une affaire aſſez ſinguliere. Deux futurs conjoints pleinement majeurs, & domiciliés à Paris, y avoient fait deux contrats de mariage, l'un du 2 Mai 1692, contenant excluſion de communauté, & l'autre du 5 deſdits mois & an contenant communauté de biens avec déſiſtement du premier contrat que les parties conſentoient être nul & de nul effet. La femme, durant le mariage, avoit agi en quantité d'actes, dans la qualité de non commune, elle avoit fait des acquiſitions en cette qualité, & c'étoit le mari qui mettoit toutes ces acquiſitions ſous le nom de ſa femme, parce qu'il étoit dans le commerce, & qu'il n'étoit pas autrement bien dans ſes affaires : quand ils avoient beſoin de faire voir qu'ils étoient communs, ils faiſoient uſage du ſecond contrat; & la femme, dans quelques actes, s'étoit dit commune, & ils faiſoient uſage du premier dans le cas contraire; & avec ces deux contrats, ils avoient joué, pendant leur mariage, tous ceux qui avoient eu affaire à eux. Le mari mourut le premier, délaiſſant deux filles. La veuve qui avoit intérêt de profiter de toutes les acquiſitions qui avoient été faites pendant le mariage ſous ſon nom, & de ne point payer les dettes de ſon mari, repréſenta à ſes enfants le premier de ces contrats; mais quelqu'un les avertit du ſecond. Cela forma, entre la mere & les enfants, une aſſez groſſe conteſtation ſur laquelle les parties tranſigerent. La mere ſe reconnut commune, & faute d'inventaire, & attendu la minorité de ſes enfants, elle compta avec eux ſur le pied d'une continuation de communauté, & cet arrangement me paroît juſte. Le ſecond contrat détruiſoit le premier, & étoit conforme à la Loi.

Mais la difficulté ſeroit plus grande ſi des conjoints mariés en Coutumes permiſſives, étoient expreſſément convenus qu'ils pourroient s'avantager des biens qu'ils acquerroient pendant leur mariage, & qu'ils vinſſent à acquérir dans des Coutumes prohibitives. Ces conjoints pourroient-ils ſe faire des avantages des biens ſitués dans ces Coutumes, attendu la convention qui étoit licite en elle-même, & que les biens, qu'ils ont acquis, quoique ſitués en Coutu-

mes prohibitives, ſe trouvent, *initio inſpecto*, affectés de la convention ? mais je ne le croirois pas encore. Les conjoints ont pu faire la convention dans le principe, & ils pouvoient acquérir dans des lieux où la convention auroit été valablement exécutée. Il y a plus, ſans convention préalable, ils auroient encore pu ſe donner, ſi les biens avoient été ſitués en Coutumes permiſſives ou ſimplement négatives ; mais ſe trouvant en Coutumes prohibitives, ils ont à s'imputer d'avoir acquis en ces Coutumes, & d'avoir, par leur acquiſition qui de droit renferme même une ſoumiſſion à la Loi de la ſituation, mis un obſtacle à ce qu'ils s'étoient réſervés de faire.

Autre choſe ſeroit, ſi les conjoints s'étoient donné, par contrat de mariage, toutes les acquiſitions qu'ils feroient enſemble, & que par la ſuite ils fiſſent des acquiſitions en des Coutumes prohibitives négatives de toutes donations entre conjoints pendant leur mariage ; car dans cette eſpece, les conjoints ne ſe réſervent pas une ſimple faculté de ſe donner pour conſommer cette faculté *tempore prohibito ;* mais ils ſe donnent réellement, *diſpoſitio ſtatim ligat*, & par conſéquent ils ne ſont pas dans le cas de la prohibition de la Coutume qui ne parle que des donations poſtérieures au mariage ; au lieu que, quand les conjoints ne ſe ſont pas donné actuellement, & n'ont fait que s'en réſerver la faculté, il eſt vrai de dire que, venant à ſe donner par la ſuite, ce n'eſt que de ce jour que la donation a lieu. Cette donation eſt poſtérieure au mariage, & dès-lors il faut que les conjoints ſe ſoumettent aux Loix qui régiſſent les biens au moment de la donation, parce qu'en ce moment la Loi de la ſituation les a devancés, & qu'ils ne peuvent que ce que cette Loi leur preſcrit.

Notre Auteur demande encore ſi, un teſtateur ayant diſpoſé de certains biens au-delà de ce que permettoit la Loi, & la diſpoſition ſouffrant des réductions à cauſe de la Loi de la ſituation, il faudra ſuppléer ſur les biens libres, & il décide pour la négative.

Mais cette déciſion ne me paroitroit pas être ſans difficulté, s'il s'agiſſoit de donations entre vifs, comme dans ces actes & dans tous autres contrats ; les parties ſont préſumées avoir bien médité leurs conventions, elles ſont auſſi préſumées n'avoir voulu que ce qui eſt nommément écrit dans les contrats.

Ainſi

Ainſi ce qu'elles ont écrit eſt pris à la rigueur, & ce qu'elles ont écrit, étant contraire à la Loi, ne ſauroit ſubſiſter.

Au contraire les actes teſtamentaires ſont ſujets à interprétation. On préſume qu'un homme, dans l'abattement, ou de la maladie, ou de la penſée de la mort, n'a pas fait des réflexions aſſez ſérieuſes ſur la nature de ſes biens; mais on trouve une volonté certaine de léguer & de gratifier, & comme cette volonté ne doit pas être infructueuſe dans un teſtateur dont les volontés ſont toujours interprétées largement & favorablement, ſur-tout quand il a des biens ſur leſquels elles peuvent être exécutées, pluſieurs veulent qu'il ſoit dû à un légataire d'un effet prohibé, récompenſe ſur les effets libres, ſous les modifications ſuivantes.

La premiere eſt de ne donner cette récompenſe que contre l'héritier qui profite des biens libres, ou contre le légataire univerſel.

La ſeconde, de ne point la donner contre un légataire de corps certain, qui ne peut être garant du legs réductible, ni même contre un héritier qui ne profite dans les propres que de la quotité qui lui eſt réſervée, comme une légitime, par la Coutume de la ſituation. V. Ricard, *des Donations*; Auzannet & Dupleſſis, *art.* 92, de Paris, & ces modifications concilient quantité d'Arrêts qui paroiſſent oppoſés.

Suivant ce premier avis, un homme a des meubles, des acquêts & des propres: il pouvoit léguer ſes meubles & acquêts, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, & ne pouvoit léguer que le quint ou le tiers de ſes propres. Cependant il ne diſpoſe, ni de ſes meubles, ni de ſes acquêts; mais il legue l'uſufruit de tous ſes propres. Le légataire ſera en droit de jouir en nature, de l'uſufruit du quint ou du tiers des propres, dont le teſtateur pouvoit diſpoſer, & pour le ſurplus, il ſera bien fondé à demander l'exécution du legs contre l'héritier qui a la propriété des meubles & des acquêts, ſi l'uſufruit d'iceux peut le fournir.

D'autres au contraire prétendent que, lorſque le teſtateur a légué taxativement & limitativement un effet prohibé en tout ou partie, le legs eſt inutile en tout, ou réduit à la quotité permiſe ſans aucune récompenſe. *Teſtator fecit quod non potuit.*

De-là ils concluent, 1°. que ſi le teſtateur a légué l'uſu-

fruit de tous ſes propres, cet uſufruit doit être réduit à l'uſufruit de la quotité permiſe dans les propres. 2°. Qu'il ne doit être accordé aucune récompenſe ſur la propriété de ladite quotité, ni même ſur les autres effets libres du teſtateur, à moins qu'il n'y ait une volonté bien marquée du contraire, & il ne paroît pas que, ſur cette queſtion, il y ait aucune déciſion certaine. On peut conſulter ſur le pour & le contre d'Argentré, *art.* 433 de l'ancienne Coutume de Bretagne, *gl.* 3, *n.* 2, 3 & 4, & *art.* 218, *gl.* 5, *n.* 32, & *art.* 254; le Grand, ſur l'*art.* 85 de la Coutume de Troyes, *gl.* 3; Chopin, *de Privil. ruſt. liv.* 3, *ch.* 7; des Teſt. ſur Paris, *liv.* 2, *tit.* 4, *n.* 16, & ſur Anjou, *liv.* 3, *ch.* 3, *tit.* 1; Carond. *art.* 292 & 295 de la Coutume de Paris; & Reponſ. 47, & *liv.* 2, *ch.* 13; *pandect. verbo* uſages; le Let, & Conſtant, *art.* 203 de la Coutume de Poitou, & additions, ſur *art.* 209; Pithou, *art.* 95 de la Coutume de Troyes; du Mol. §. 92, *n.* 3, & §. 93, *n. ult.* le même, ſur Montargis, *ch.* 12, des Donat. *art.* 2, ſur Rheims, *art.* 263, ſur Auvergne, *art.* 41, *tit.* 12; l'Arrêt du 20 Janvier 1632, celui du 12 Juin 1652, & celui de 1667; Journ. des Audiences, & 3 Avril 1699, rapporté ès Arrêts du Royaume; Bechet, ſur les Uſances de Xaintonges, *tit.* 7, *art.* 61; Coquille, *ch.* 33; des teſtaments, *art.* 1; Tiraqueau, *de rel. liv.* 1. *gl.* 7, *n.* 41; Mornac, *ad L. quoniam*, 32, *Cod. inoff. teſt.* & *ad L. omnium bonorum ff. de Uſuf.* Chaſſeneuz *rubr.* 7, des Succeſſ. §. 4, *verbo* de deux parts; Peleus, *quæſt.* 66; la Roche Flavin, *liv.* 2, *lettre* M, *tit.* 4, *art.* 3, Fachin, *L.* 5, *ch.* 47, *controv.* Bacquet, des Droits de Juſt. *ch.* 21, *n.* 162; Robert, *rerum judic. l.* 3; Brod. ſur Loüet, *lettre* V, *n.* 8, Guerin, ſur Paris, *art.* 292; Coutume de la Rochelle, *art.* 43 & celle de Saint Jean d'Angeli, *art.* 71; Pallu, *art*, 233, de Tours; Bouchel, *art.* 84 & 85 de la Coutume de Valois; Lebrun, des Succeſſions, *liv.* 2, *ch.* 4, *n.* 5.

Notre Auteur, qui s'eſt déterminé contre les récompenſes, dit, entr'autres raiſons, que des hommes font exprès des diſpoſitions qu'ils ſavent n'être d'aucune valeur, & cela pour ſe débarraſſer des careſſes & perſécutions de leurs femmes. En cela, il parle d'après M^e Charles du Mol. ſur l'*artic.* 263 de la Coutume de Rheims. *Videtur illectus facile conceſſiſſe quod ſciebat invalidum;* mais ce parti eſt ſi extraordi-

naire, que cela ne doit pas raiſonnablement ſervir de motif général de déciſion.

Il eſt bon même de remarquer que, dans les actes entre vifs, il faut diſtinguer entre les choſes, & les ſommes qui ſont à prendre ſur les choſes. Si, par exemple, la choſe étant dans la convention, eſt prohibée, c'eſt, ſi l'on veut, un effet que l'on donne ou que l'on vend, qui ne peut être ni donné, ni vendu; pour lors la donation ou la vente eſt nulle, *Lege prohibente;* mais on donne cent piſtoles à prendre ſur un bien prohibé, dans ce cas, la donation eſt bonne, ſi d'ailleurs la perſonne eſt capable de recevoir; cette donation ne pourra pas, à la vérité, s'exécuter ſur le bien prohibé; mais elle s'exécutera ſur les biens libres. Il n'y a que la démonſtration qui ſoit viciée, & non la choſe en elle-même, & c'eſt la déciſion de notre Auteur qu'il applique à une convention de gain de ſurvie qui ſeroit à prendre ſur tous les biens, dont aucuns ſeroient ſitués en Coutumes prohibitives, parce que, dit-il, cette convention engendre une action perſonnelle qui met en état de ſe venger ſur les biens libres.

Suit, dans notre Auteur, la queſtion de ſavoir ſi un teſtateur, ayant inſtitué héritiers ceux qui devoient lui ſuccéder *ab inteſtat*, il a eu en vue les héritiers de ſon domicile, ou ceux de la ſituation, & il remet cette queſtion à traiter ailleurs, comme dépendante de l'interprétation de la volonté, & étant une pure queſtion de fait. Hertius, *ſect.* 4, *n.* 24, agite cette même queſtion. *Teſtator, quos ab inteſtato habiturus erat, hæredes ſcribit: jam quæritur an ſcripti intelligantur quos vocat Lex ubi defunctus domicilium habuit, an quibus loci cujuſque ubi bona hæreditaria ſita ſunt, jura facient;* & il adopte le ſentiment de Joann. à Sandé, qui décide pour la Loi du domicile, fondé ſur la préſomption que telle eſt la volonté du teſtateur. *Reſpondit rectè Joann. à Sandé, liv.* 4, *tit.* 8, *def.* 7, *magis voluntatis quàm juris hanc eſſe quæſtionem, in dubio ſpectandam eſſe conſuetudinem regionis in qua teſtator verſatus eſt, & credi teſtatorem ſe potiùs conformaſſe Statuto patriæ ſuæ quod ſcivit, quàm juri ſcripto, aut Statutis aliorum locorum, quæ veriſimiliter ignoravit, itaque Statutum loci ubi defunctus habitavit, ad bona ubicumque ſita ſe ex voluntate ejus extendere.*

Quelques autres, au contraire, prétendent qu'il faut ſuivre les Loix des différents lieux de la ſituation, parce qu'il y a autant de patrimoines, qu'il y a de biens répandus dans différentes Coutumes, & que le teſtateur eſt préſumé avoir enviſagé toutes ces différentes Coutumes, n'avoir voulu que ce qu'elles vouloient, & s'y être entiérement référé.

Quant à moi, les raiſons de ce dernier avis me paroiſſent plus fortes & plus déciſives.

# TITRE QUATRIEME.*

*Des conventions faites pour obvier à la diverſité des Loix dans le cas du changement de domicile.*

*Traduit du Latin de Rodenburgh.

## CHAPITRE PREMIER.

*De l'effet des conventions par rapport aux Statuts perſonnels.*

### SOMMAIRE.

I. *La convention que le mari ne pourra changer de domicile, ſans le conſentement de ſa femme, eſt-elle valable?*

II. *Le ſera-t-elle, s'il eſt ſimplement dit qu'il ne pourra aller demeurer dans un certain lieu?*

III. *Que faut-il dire s'il y a une peine convenue, en cas que le mari contrevienne à la convention?*

IV. *Que faut-il dire ſi la femme a intérêt de ne point demeurer ailleurs, comme dans le cas où le mari, domicilié à Utrecht, iroit demeurer en Hollande?*

V. *S'il eſt convenu, entre des conjoints Hollandois, que la femme aura ſa dot franche & quitte de toutes dettes, & qu'enſuite ils aillent demeurer à Utrecht, cette convention nuira-t-elle aux créanciers, qui, après la mort du mari, voudront agir contre elle, pour raiſon des dettes contractées à Utrecht?*

VI. *Que ſi ces conjoints retournoient dans leur premier domicile, & que le mari y mourût, cette convention pourra-t-elle nuire aux créances contractées à Utrecht?*

VII. *Le pouvoir d'obliger sa femme, vient du droit de communauté, ou de la puissance maritale.*

VIII. *Si des conjoints d'Utrecht vont demeurer en Hollande, pourra-t-on agir valablement contre la femme, après le décès de son mari, pour raison d'une dette qu'elle aura contractée parmi nous, à l'insu de son mari?*

IX. *La femme ne sera-t-elle tenue que pour moitié de la dette de son mari?*

X. *Si une femme Hollandoise qui a contracté en Hollande, sous l'autorité de son mari, venant demeurer ensuite parmi nous, pourra être actionnée personnellement après la mort de son mari.*

NOUS avons traité, dans le Titre précédent, les questions qui peuvent naître de la différence des Statuts, tant personnels que réels, dans le cas où la personne a toujours continué le même domicile. Il nous reste, suivant l'ordre que nous nous sommes prescrit, d'agiter, dans celui-ci, ces mêmes questions, pour le cas où il y a changement de domicile. C'est pourquoi nous demanderons d'abord, pour premiere question, qui servira de Préliminaire à ce qui nous reste à dire par la suite, si l'on peut, & jusqu'à quel point l'on peut, par quelque convention particuliere, gêner, ou s'interdire la liberté naturelle que l'on a de changer de domicile; &, en premier lieu, il est convenable d'examiner si, dans un contrat de mariage, on peut stipuler que la femme ne sera pas obligée de suivre son mari, en cas qu'il voulût transporter son domicile ailleurs, &, par cette convention, aller au-devant des contestations que peut faire naître le changement de domicile; & en second lieu, en supposant un changement de domicile, & que l'on soit convenu que pour régler le droit des conjoints, on suivra la Loi d'un certain lieu, quel sera l'effet de cette convention?

Nous avons ci-devant traité la question de savoir, si la femme est obligée de suivre son mari, qui veut aller demeurer ailleurs, & jusqu'où cette déférence peut l'engager; & nous demanderons présentement, si étant convenus, par contrat de mariage, que le mari ne pourra changer de domicile sans le consentement de sa femme, cette convention est bonne & valable? Il y en a qui pensent qu'une pareille con-

vention répugne à l'autorité du mari, qui a droit de ſe choiſir un domicile, & qu'elle bleſſe la conſidération & le reſpect qui lui ſont dûs ; & de ce ſentiment ſont, Covarruvias, *de Matrim. part.* 2, *chap.* 7, *n.* 5 & 6 ; & Maſuere *de Nuptiis*, *pag.* 335 ; & Tuldenus, cet homme ſi ſçavant, ne paroît pas éloigné de cet avis, *ad tit. C. de nupt. n.* 4, puiſqu'il ſe détermine contre la validité de cette convention, par la raiſon qu'elle donne atteinte à la liberté naturelle, par argument pris de la Loi *Titio* 71, §. 2, *ff. de cond. & demonſt.*

D'autres, au contraire, prétendent que la convention doit avoir un plein & entier effet, ſi ce n'eſt que depuis le mariage il ſurvienne quelque raiſon puiſſante qui exige le changement de domicile. Pour moi, voici ce que j'eſtime : encore que la puiſſance maritale ne puiſſe pas être entiérement détruite, cependant rien n'empêche qu'elle ne ſoit mitigée & limitée dans certains cas. C'eſt ainſi que le Droit naturel lui-même, tout ſtable, tout immuable qu'il eſt, a néanmoins ſes bornes, dans quelques occaſions particulieres ; & c'eſt delà qu'il eſt très-ordinaire, dans les contrats de mariage, de ſtipuler que le mari n'aura pas l'adminiſtration des biens de ſa femme, ou ne l'aura que pour partie, ou que le mari ne pourra pas obliger ſa femme, qui ſont cependant les effets, ſoit naturels, ſoit civils, de la puiſſance maritale ; mais j'en parlerai plus amplement en ſon lieu. Cependant la plainte de ceux qui prétendent qu'une pareille convention gêne, contre tous les principes, la liberté naturelle, n'eſt pas abſolument à rejetter ; car il eſt bien certain que, ſuivant la Loi *Titio*, ci-deſſus citée, la condition impoſée à un légataire, de demeurer toute ſa vie dans un lieu, eſt rejettée, comme contraire à la liberté. C'eſt pourquoi je ne voudrois pas accuſer d'erreur ceux qui diſent que le mari ne pourroit être rigoureuſement contraint à ſuivre la convention, parce qu'autrement il ſeroit donc obligé de paſſer ſes jours dans le même lieu, comme s'il étoit attaché à la glebe. Mœvius, *ad jus Lubecenſ. lib.* 1, *tit.* 5, *art.* 10, *n.* 66, cite pluſieurs Auteurs qui ſont de cet avis, & il l'embraſſe lui-même ; je penſerois, ſans difficulté, tout autrement de la convention par laquelle un mari ſe ſeroit obligé de ne point aller demeurer dans un certain lieu ſans le conſentement de ſa femme ; car la premiere convention ôte abſolument toute liberté d'aller demeurer

ailleurs ; mais celle-ci ne fait que gêner la liberté, par rapport à un lieu ſeulement, le mari pouvant au ſurplus aller demeurer dans tout autre endroit que celui qui eſt excepté par la convention. Mais qu'arriveroit-il ſi la femme avoit oppoſé une peine à la convention ? comme, par exemple, lorſque, prévenue d'inclination pour le lieu où elle a pris naiſſance, elle ſe marie ſous cette condition, que ſon mari ne pourra pas aller demeurer dans un autre endroit, & qu'en cas de contravention, elle ſtipule une peine : les femmes riches qui font la fortune de leurs maris, ſont ordinairement jalouſes de ces conventions.

Il eſt vrai que nous liſons par-tout que la fidélité due aux conventions matrimoniales, eſt inconteſtablement ſupérieure à celle que l'on doit à tous autres contrats ; d'où a été formée cette maxime, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, ſuivant le témoignage de Mornac, ſur la Loi *Exigere dotem, ff. de judiciis ;* que cette fidélité exige du mari, qu'il ne ſe détermine pas, ſans de bonnes raiſons, à changer de domicile, & qu'autrement, il eſt juſte qu'il ſubiſſe la peine qui a été ſtipulée ; mais s'il ſurvient quelque nouveau motif raiſonnable qui oblige le mari d'aller demeurer ailleurs, il faut dire que, dans ce cas, il peche plutôt contre la lettre des conventions, que contre l'intention des Parties : car ces ſortes de conventions doivent être entendues raiſonnablement, & de maniere qu'une juſte cauſe en ſoit toujours exceptée ; comme, par exemple, ſi un mari, à cauſe de la tyrannie du gouvernement, de ſa mauvaiſe ſanté, de l'intempérie du ciel, ou de l'expoſition mal-ſaine du lieu, ſe trouvoit obligé de changer. Par ce tempérament d'équité, il n'arrivera point de donner atteinte à la liberté naturelle du mari, contre la diſpoſition de la Loi ci-deſſus, 71 ; & de l'autre, on ne violera pas impunément la foi des contrats : mais ſi, outre l'attachement que la femme peut avoir pour le lieu de ſa naiſſance, elle avoit encore intérêt de ne pas changer de domicile, je crois que, dans ce cas, le mari ſeroit tenu d'indemniſer ſa femme du tort qu'elle pourroit ſouffrir de ce changement : & tout ce qu'a écrit Gomés, *Reſol. tom.* 2, *cap.* 10, *n.* 24, & de Prætis, *de interp. ult. vol. lib.* 4, *n.* 1 ; *dub.* 8, *n.* 55, appuie ce ſentiment, quelque choſe que Barry ait dit au contraire, *de Succeſ. lib.* 17, *tit.* 19, *ſub n.* 1.

Par

Par exemple, ſi un mari s'en va de la ville d'Utrecht, demeurer en Hollande où les Loix permettent toutes ſortes d'avantages entre maris & femmes, pendant qu'à Utrecht ils ne peuvent ſe donner que par donation mutuelle, & en uſufruit; ou bien ſi ce mari va demeurer dans un endroit où il lui eſt permis de vendre les biens de ſa femme, ce qui n'eſt pas permis, parmi nous, au mari qui n'a point d'enfants; ou ſi le mari, n'ayant pas dans le lieu où le mariage eſt contracté, le pouvoir d'obliger ſa femme, & qu'il l'ait ailleurs où il la veut emmener; il ſera juſte, dans ces cas, qu'en laiſſant au mari la liberté de changer de domicile, il indemniſe néanmoins ſa femme ou ſes héritiers du tort que ce changement peut occaſionner, parce que la convention, dont nous parlons, a bien moins pour objet de gêner la liberté du mari, que d'empêcher qu'il ſoit fait aucun préjudice à la femme, & de procurer le bien de celle qui ſe marie: or les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de ces ſortes de vues. Enfin, pour le dire en deux mots, que le mari ait toute la liberté d'aller demeurer où bon lui ſemble; mais que ce ne ſoit jamais au préjudice de ſa femme.

En voilà bien aſſez ſur le pouvoir qu'a le mari de changer de domicile. Voyons préſentement, en ſuivant toujours notre matiere, ſi l'on peut, & comment l'on peut prévenir, par contrat de mariage, les difficultés qui naiſſent de la contrariété des Statuts, ſoit perſonnels, ſoit réels, & parlons d'abord des Statuts perſonnels; car nous nous ſommes propoſés de ſuivre dans cette ſeconde partie, l'ordre des Chapitres précédents.

Nous avons dit qu'un des effets de la puiſſance maritale, eſt d'aſſujettir la femme à toutes les dettes que ſon mari peut contracter. Que répondrons-nous, ſi une Hollandoiſe ſtipule que ſa dot lui ſera conſervée, & ſera exempte de toutes les dettes que pourra contracter ſon mari, laquelle ſtipulation eſt autoriſée par les Loix de Hollande, pourvu que la femme renonce aux conquêts, ſuivant que l'atteſte Neoſtad. *de Pact. antenupt. obſ.* 9; & nouvellement Groenewegen, ſur la Loi 30, C. *de Jure dotium*, & que depuis les conjoints changeant de domicile, aillent demeurer à Utrecht, & que là le mari ait contracté des dettes, la femme pourra-t-elle, arrivant la diſſolution du mariage, ſe défendre de payer aux

créanciers les dettes contractées à Utrecht ſur le fondement de la convention ci-deſſus ? Pour moi, je ne le crois pas ; car il faut bien diſtinguer l'intérêt des conjoints d'avec l'intérêt des créanciers. Lorſque la femme demandera d'être acquittée par les héritiers du mari, elle ſera bien fondée, parce qu'à Utrecht même, la convention eſt bonne entre conjoints ; mais ſi elle vouloit être quitte envers les créanciers, il n'en ſeroit pas de même ; car, parmi nous, nous n'autoriſons pas que, par des conventions particulieres paſſées entre conjoints, on puiſſe préjudicier à des créanciers en faveur deſquels notre Juriſprudence eſt de donner une action ſolidaire, tant contre chacun des conjoints, que contre leurs héritiers, ſi ce n'eſt qu'en vertu de l'ordonnance du Juge, ces ſortes de conventions aient été publiées & enrégiſtrées dans un tableau public, & dont nous parlerons ailleurs.

C'eſt pourquoi il faut dire qu'encore que, de cette convention matrimoniale, il en naiſſe une obligation perſonnelle entre les contractants qui les aſſujettit l'un & l'autre à exécuter ce dont ils ſont convenus ; cependant cela ne doit pas tourner au préjudice & au détriment d'un tiers & des créanciers qui ont eu juſte cauſe d'ignorer la convention, & à qui il ſuffit d'avoir contracté ſelon les Loix du domicile de celui avec qui ils contractent, leſquelles Loix décident de l'état & de la condition de la perſonne.

Parlons préſentement d'une autre queſtion qui approche fort des précédentes. Des Hollandois contractent mariage en Hollande, ſous la convention dont on a parlé ci-devant, & étant allés demeurer à Utrecht, ils y font des dettes qui les obligent l'un & l'autre, tant en vertu de l'obligation qu'ils en paſſent, qu'en vertu de la Coutume du lieu. Depuis ils retournent demeurer en Hollande, & le mari y meurt. La femme prétend qu'en renonçant aux conquêts, elle doit être, ſuivant les Loix de Hollande, déchargée de toutes les dettes de la communauté, & même de celles contractées par le mari à Utrecht, encore bien que, par la Loi d'Utrecht, la femme ne puiſſe ſe diſpenſer de payer les dettes de ſon mari, qu'en abandonnant généralement tous ſes biens, & elle doit faire cet abandonnement d'une maniere qui n'eſt pas honorable en ſoi ; car elle doit, dans le temps même qu'on ſe diſpoſe à emporter le corps de ſon mari, ſortir auparavant

& publiquement de la maiſon, vêtue ſeulement de ſes habits ordinaires, de ſorte que vous diriez que c'eſt une eſpece de ceſſion de biens telle que celle qui, chez les Romains, pouvoit ſe faire, hors jugement, ſuivant la Loi derniere *ff. de Ceſſione bonorum.* Le Parlement de Paris a décidé une queſtion aſſez ſemblable en faveur d'une veuve qui avoit renoncé, quoique la Coutume, dans laquelle le mariage avoit été célébré, n'admît pas une pareille faculté de renoncer, ce qui eſt en plus forts termes, ainſi qu'il eſt rapporté par Chopin, *de Morib. Pariſ. lib.* 2, *tit.* 1, *n.* 5 : cet Auteur dit que la Cour ſe fonda ſur ce que, par le changement de domicile, tous les effets mobiliers étoient devenus ſujets à la Loi de ce nouveau domicile, auſſi-bien que les créances & les dettes ; & que comme le droit de la femme, dans les effets actifs & paſſifs de la communauté, n'eſt pleinement ouvert qu'au moment du décès du mari, qui, de ſon vivant, eſt ſeul le maître de la communauté, il falloit plutôt conſidérer le domicile au jour de la diſſolution de la communauté, que celui du mariage ; mais ces raiſons ne me paroiſſent pas aſſez perſuaſives pour oſer les adopter, comme a fait Kinſchotius, *Réponſ.* 94, *n.* 4. En effet, de dire que le Parlement de Paris a eſtimé que le droit de la femme ne commence qu'à la mort de ſon mari, c'eſt dire préciſément tout le contraire de ce qui eſt ; car, à l'inſtant du mariage, le mari & la femme ſont également en communauté, chacun pour moitié, y ayant une ſociété contractée entre eux, qui ſubſiſte habituellement de leur vivant, & qui eſt réduite en acte par la mort de l'un des deux, & par conſéquent c'eſt au temps & aux Loix du mariage contracté, qu'il faut avoir recours, pour ſavoir quelle ſera la part que la femme doit avoir dans le gain ou dans la perte ; mais cette réponſe eſt ici aſſez inutile : car l'argument tiré du Droit de communauté, ne vient point du tout à notre queſtion.

Il eſt public que ce n'eſt pas à raiſon de la communauté que la femme eſt tenue des dettes contractées par ſon mari ; car ſi cela étoit, le mari ſeroit réciproquement tenu des dettes que contracteroit la femme, puiſque la communauté les regarde l'un & l'autre également : & d'ailleurs, il ne faut que cet autre argument pour montrer que le pouvoir qu'a le mari d'obliger ſa femme, ne vient pas de la communauté, qui eſt que ſi cela étoit, le mari n'auroit pas ce pouvoir, lorſque les

conjoints ſeroient convenus de n'être point en communauté & il eſt pourtant certain que nous en uſons autrement parmi nous. C'eſt pourquoi le pouvoir qu'a le mari d'obliger ſa femme, vient entiérement de la puiſſance maritale & du droit qu'il a d'adminiſtrer; de ſorte que toutes les dettes qu'il contracte pendant le mariage, ſont regardées comme faites, tant au nom de ſa femme, qu'au ſien propre, à l'exemple du tuteur, qui oblige valablement le mineur, dont il a la tutele; & Neoſtadius a touché quelque choſe de cela, *de pactis antenupt. Obſ.* 10, *in notis ibi. ob maritalem poteſtatem. Cor. conſ.* 7, *lettr. B.* Ainſi il paroît qu'il faut réſoudre notre queſtion de la maniere ſuivante.

Comme à Utrecht, où les dettes ont été contractées, le mari a tellement le pouvoir d'obliger ſa femme, qu'elle eſt perpétuellement tenue des dettes qu'il contracte, le droit du créancier, une fois acquis, ne peut pas ſouffrir d'atteinte en vertu des Loix d'un nouveau domicile, de peur d'ouvrir le moyen aux femmes de ſe décharger, par un changement de domicile, des dettes dont elles étoient précédemment tenues. En effet, il eſt certain qu'un homme qui contracte avec quelqu'un, doit connoître, & ne ſauroit raiſonnablement ignorer l'état & la condition de celui avec qui il contracte, & que cet état ſe prend de la Loi du lieu où il avoit ſon domicile au jour du contrat; car le créancier n'eſt pas aſtreint à prévoir les Loix de tous les différents endroits où ſon débiteur peut aller un jour demeurer, ni de ſe fatiguer l'eſprit à prévoir de quelle condition il pourroit être par la ſuite; & puiſque la Loi 25, *de Pactis*, décide que les débiteurs ne peuvent, par aucune paction, préjudicier aux droits des créanciers, ni y donner atteinte, comment cela peut-il arriver par un changement de domicile, dont le débiteur eſt toujours le maître? L'Arrêt du Parlement de Paris m'a fait, peut-être, trop inſiſter ſur cette queſtion, dont la déciſion me paroît aſſez naturellement ſe préſenter.

Tout ce que nous avons dit, ſervira à décider plus facilement les queſtions ſuivantes, où, à la vérité, il ne ſe trouve point de conventions faites pour prévenir la diverſité des Statuts, mais dont cependant j'ai mieux aimé parler en cet endroit, que de m'expoſer, peut-être, à n'en rien dire, ſi je remettois à en traiter ailleurs. Selon les mœurs des Hollan-

dois, l'obligation d'une femme, contractée ſans l'autorité de ſon mari, eſt tellement nulle, qu'elle n'en eſt pas tenue, même après la mort de ſon mari. Au contraire, ſelon les Loix de la Province d'Utrecht, le créancier n'a pas droit d'agir contre la femme pendant le mariage; mais il le peut très-efficacement après la diſſolution du mariage.

Préſuppoſons qu'une femme, parmi nous, ſe ſoit obligée ſans l'autorité de ſon mari, qu'enſuite ſon mari aille demeurer en Hollande & y décede : dirons-nous que la femme pourra ſe défendre de l'obligation qu'elle a contractée à Utrecht, en excipant de la Loi de ſon nouveau domicile? ou dirons-nous qu'elle ſera aſſujettie aux Loix d'Utrecht, puiſqu'elle y avoit pour lors ſon domicile, & qu'elle s'y eſt obligée?

Si l'on ſuivoit l'Arrêt du Parlement de Paris, cité ci-deſſus, il faudroit dire que toutes les actions paſſeroient, avec la perſonne, ſous la domination de la Loi du nouveau domicile, de maniere qu'il ne faudroit plus enviſager que le temps de la diſſolution du mariage; mais qui ne voit pas que par cette déciſion, on feroit une injuſtice criante au créancier? Chacun a véritablement la liberté de changer de domicile; mais ce ne peut être au préjudice d'un tiers, *L. nemo poteſt.* 75, *ff. de Reg. juris.* Certainement, ſi des droits légitimes, qui ſont antérieurement acquis à un tiers, pouvoient, à ſon préjudice, dépendre du choix d'un nouveau domicile, les femmes obérées de dettes, s'en iroient en Hollande auſſi-tôt après la mort de leurs maris, & fruſtreroient tous leurs créanciers. Par la même raiſon il faut dire, par rapport aux dettes contractées par le mari, que la femme ne ſera pas ſimplement tenue pour la moitié ſeulement, ſelon le Droit de Hollande; mais pour la totalité, ſelon le Droit de notre Province, où le mari a contracté, & c'eſt le domicile ſubſiſtant dans le moment de l'obligation, qui eſt le principe de la déciſion.

Dans le cas contraire, une femme Hollandoiſe qui aura contracté ſans le conſentement de ſon mari, pourra-t-elle, en venant demeurer parmi nous, être inquiétée après le décès de ſon mari? il faut réſoudre que non, par cette raiſon, que l'obligation n'étant pas valable dans ſon principe, elle ne ſauroit, par la ſucceſſion des temps, ni par aucun changement de domicile, devenir valable : car de la même maniere

qu'on ne peut pas faire perdre à un créancier un droit qui lui eſt acquis, auſſi ſeroit-il abſurde qu'il pût acquérir un droit qu'il n'auroit pas eu auparavant ; & puiſque les Empereurs, en la Loi 25, ff. *de Pactis*, ont décidé que les débiteurs ne peuvent, par les conventions étrangeres, anéantir, ni changer celles qu'ils ont faites avec leurs créanciers, il eſt impoſſible que cela puiſſe arriver par aucune tranſlation de domicile, qui ne dépend uniquement que du débiteur, comme nous l'avons dit ci-devant.

## OBSERVATION XLIV.

RODENBURGH agite, dans ce Chapitre, quelques queſtions particulieres, au ſujet du changement de domicile des conjoints, & traite des conventions qui peuvent empêcher ce changement.

Il demande d'abord ſi l'on peut valablement convenir que le mari ne pourra pas changer de domicile ſans le conſentement de ſa femme, ſi du moins on ne peut pas exclure un certain lieu, & même convenir d'une peine, en cas d'inexécution, & ſi cette convention ne doit pas être ſuivie quand la femme y a intérêt.

Sur toutes ces queſtions, il répond, qu'encore que la puiſſance maritale ne puiſſe pas être entiérement détruite, elle peut être mitigée & reſtreinte, & que ſi la femme n'avoit exclu qu'un certain endroit, & qu'elle eût ſtipulé une peine en cas d'inexécution, cette peine auroit lieu indiſpenſablement, à cauſe de la fidélité que l'on doit aux contrats, ſi ce n'eſt que le mari eût des raiſons puiſſantes pour changer ainſi de domicile; auquel cas, même ſi la fenme avoit de ſa part intérêt que cela ne fût pas, il eſtime que le mari ſeroit tenu de l'indemniſer du tort qu'elle pourroit ſouffrir par ce changement, la convention étant une précaution contre ce préjudice.

Je crois que parmi nous il n'y a pas d'exemple que, dans aucun contrat de mariage, on ait gêné la liberté du mari d'aller demeurer où bon lui ſemble dans l'étendue du Royaume. Cette liberté eſt naturelle à l'homme : la femme en s'engageant avec ſon mari, ſe ſoumet à le ſuivre par-tout, même en exil, ſi ce n'eſt qu'il fût exilé hors du Royaume, ce qui n'eſt pas ordinaire; ou que, *poſt contractum matrimonium fiat vagabundus, joculator, hiſtriove, vel in militiam proficiſcatur.*

C'eſt pourquoi ſi quelque femme s'aviſoit, dans ſon contrat de mariage, de gêner, ſur cet article, la liberté de ſon mari, & qu'un Notaire fût aſſez peu expérimenté pour écrire

une paraille clauſe, du moins générale & indéfinie, je ſuis perſuadé qu'on n'y auroit aucun égard; que s'il y avoit une bonne raiſon, & que cette raiſon ne tombât que ſur un lieu ou deux, ou même ſur une Province entiere, j'eſtime, avec mon Auteur, que la convention devroit être exécutée.

Mais pour prévenir tout incident, & ne point gêner la liberté du mari, on prévient, par une clauſe aſſez ordinaire, un tranſport de domicile inopiné ou frauduleux, qu'un mari pourroit faire. Cette clauſe eſt de ſoumettre les droits de conventions ordinaires à une Coutume fixe, qui eſt, ou celle du domicile du mari, ou celle du domicile de la femme au jour de leur mariage, ſelon laquelle les Parties conviennent d'être réglées, nonobſtant tout changement de domicile.

Indépendamment même de cette clauſe, & dans le cas où il n'y auroit pas de contrat, la Coutume du domicile du mari en devient un pour les conjoints, *& quidem ipſo facto*, dit Chaſſeneuz, *art. 2, des Droits appartenants à gens mariés, in textu*, ſelon la Coutume générale, & cette Coutume regle leurs droits entre eux, dans ce qui tombe ordinairement en contrat, ſans que les futurs, devenus conjoints, puiſſent être réglés par une autre Loi de quelque domicile poſtérieur que ce ſoit.

Je dis que la Loi du domicile matrimonial regle les droits qui tombent ordinairement en contrat, comme eſt, par exemple, la communauté & toutes ſes dépendances; car je n'eſtimerois pas que toutes les diſpoſitions de la Coutume que les Parties ont adoptées, paſſent en conventions, & que, par exemple, une femme mariée à Utrecht, & qui s'eſt ſoumiſe aux Loix de ce lieu, où l'on ne ſe peut donner qu'en uſufruit, ne pût pas dès-lors donner en propriété à ſon mari, les biens & effets qui ſeront régis par la Loi de Hollande; car ces donations, qui ſont dans le futur contingent, ne ſe prévoient pas ordinairement, & comme elles ne dépendent pas du mari ſeul, mais du concours du mari & de la femme, ce ſont les Loix de la ſituation qui les dirigent, & les conjoints n'ont pas lieu de ſe plaindre, lorſqu'ils ont donné un conſentement libre.

La

La validité de la donation ne peut même être agitée que par rapport aux meubles & choſes mobiliaires qui ſuivent le domicile; car d'ailleurs, dans quelques Coutumes que la femme ait été mariée, la donation des immeubles ne dépend pas du lieu du mariage, comme Loi du mariage; mais du lieu de la ſituation, & la femme eſt maîtreſſe de ces effets conformément à cette Loi en quelqu'endroit que le mariage ait été célébré.

Mais s'il y avoit une convention préciſe que les conjoints ne pourroient ſe faire aucune donation, clauſe qui eſt très-licite, voyez Conſtant, ſur Poitou, en ſes additions, *artic.* 209, *n.* 2. J'eſtime, avec Burgundus, que, nonobſtant le changement de domicile dans un lieu de liberté, & même en aucun cas, les conjoints ne pourroient ſe donner, ni meubles, ni immeubles, & que la convention forme un obſtacle perpétuel.

Mais ſi, après une pareille convention, ils alloient demeurer dans une Coutume qui donneroit de droit au ſurvivant, quelqu'avantage que ne donneroit pas la Loi du mariage, le ſurvivant pourroit-il profiter de cet avantage? j'eſtimerois, dans cette eſpece, qu'il en pourroit profiter; cet avantage eſt purement légal, & les conjoints n'ont voulu empêcher que le fait de l'homme, & non celui de la Loi. Je ſuppoſe qu'il n'y a pas de fraude dans le changement de domicile, & que l'avantage peut concourir avec les autres clauſes du contrat de mariage, expreſſes ou tacites.

Ainſi, s'il y avoit une convention qui eût prévu & défendu le cas particulier de tout avantage même légal, pour lors, dans nos mœurs, la femme ou le mari ne profiteroit pas de l'avantage que lui feroit la Loi du nouveau domicile; mais on déclareroit le conjoint non-recevable dans ſa prétention, comme étant contraire à la convention.

J'exige, pour exclure ces ſortes d'avantages que les Loix donnent par elles-mêmes, qu'il y ait une convention préciſe & expreſſe, parce que, je le répete, j'eſtime qu'encore que la Loi matrimoniale les défendît, néanmoins de ſemblables diſpoſitions ne ſont pas préſumées paſſer en convention, de la

part des conjoints, au préjudice de la Loi de la ſituation qui les accorderoit. Voyez l'*Obſervation* 46.

Si une femme mariée, dans une Coutume où le mari ne peut vendre les biens de ſa femme ſans ſon conſentement, avoit des biens ſitués dans une Coutume où cela eſt permis au mari, pourroit-il les vendre impunément ?

Il y auroit, dans cette eſpece, deux choſes à conſidérer. 1°. Si la vente eſt bonne; 2°. ſi, en la ſuppoſant bonne, il ſeroit dû indemnité à la femme.

Je réponds que le mari n'a un pouvoir auſſi étendu dans certains endroits, que parce que la puiſſance maritale y eſt, pour ainſi dire, ſans bornes; mais comme cette puiſſance eſt plus raiſonnablement mitigée par la Loi du domicile matrimonial, je ſuis perſuadé que, nonobſtant la Loi de la ſituation, cette vente ne ſeroit pas autoriſée, ſoit qu'il y eût une convention prohibitive, ſoit qu'il n'y en eût pas : une femme mariée ſous des Loix où la puiſſance maritale n'eſt pas ſi entiere & ſi indéfinie, ne pouvant perdre, par le ſeul changement de domicile, le droit naturel que lui a conſervé la Loi de ſon mariage, de n'être dépouillée de la propriété de ſon bien que de ſon conſentement, & ſi, par impoſſible, on pouvoit dire que la vente ſeroit bonne vis-à-vis l'acquéreur, il n'y auroit pas de difficulté qu'il faudroit une indemnité à la femme qui auroit été privée de la propriété de ſes biens contre le droit naturel, le droit général de nos Coutumes, & en particulier celui de la Loi matrimoniale qui lui conſervent le domaine entier. Voyez la 5^e *reg. de l'Obſerv.* 46.

Notre Auteur, en ſon Traité *de Jure conjugum, tit. de tollenda poteſt. ante matrim.* agite la queſtion de ſavoir ſi la femme pourroit ſtipuler qu'elle ne ſeroit pas ſoumiſe à ſon mari; pluſieurs Auteurs agitent la même queſtion, même celle de ſavoir ſi du moins la femme ne pourroit pas ſtipuler qu'elle ne ſeroit pas ſujette à la correction; mais je me contenterai de renvoyer à Rodenburgh, *loc. cit.* & à une theſe ſoutenue à Orléans en 1677, intitulée *Diſputatio inaugurata de occaſione*, ſoutenue ſous M^e Prouſteau, par Ercius Wordenhoff, & à nos Auteurs Canoniſtes.

J'ajouterai ſeulement que Charlotte Dubois, mon épouſe,

fille de Me François Dubois, mort ſous-Doyen des Avocats, m'étoit ſi attachée, & poſſédoit des vertus ſi éminentes & ſi completes, qu'à mon égard j'aurois plutôt à agiter la queſtion de ſavoir quelles doivent être les bornes de la docilité, de la complaiſance & de l'amour d'une femme pour ſon mari. Qui me donnera une fontaine de larmes aſſez abondante pour pleurer toute ma vie la perte d'une épouſe ſi accomplie?

Notre Auteur parle enſuite d'une queſtion qui eſt encore très-étrangere à nos mœurs; car, dans toute la France, je ne ſais aucun endroit où le mari puiſſe obliger ſa femme ſans ſon conſentement: ſi elle eſt obligée aux dettes de ſon mari, ce n'eſt jamais que par ſon fait, c'eſt-à-dire, ou parce qu'elle s'eſt obligée perſonnellement, ou parce qu'elle a accepté la communauté; encore dans ce dernier cas, n'eſt-elle obligée que juſqu'à concurrence des biens dont elle profite en cette qualité, quand elle a fait inventaire: & quoique, durant la communauté, les créanciers du mari ſeul puiſſent ſe venger ſur les biens de la femme, ce n'eſt que ſur les fruits ſeulement, & tant que dure la communauté; en ſorte que la diſſolution arrivant, ſoit par mort, ſoit par la ſéparation de biens que la femme peut obtenir, elle rentre dans la jouiſſance de ſes biens en renonçant à la communauté, & ſans aucune charge des dettes d'icelle, pourvu qu'elle ne ſe ſoit pas obligée perſonnellement.

Au ſurplus, au ſujet de l'Arrêt rapporté par Chopin, *de Morib. Pariſ. liv.* 2, *tit.* 1, *n.* 5, cité par notre Auteur, & que l'on prétend avoir jugé le contraire, voyez ce que j'ai dit, *obſerv.* 32.

Je renverrai encore à l'*obſerv.* 32, au ſujet des obligations contractées par une femme en différents domiciles.

Notre Auteur dit que, ſuivant la Loi *Titio* 71, *ff. de Cond. & demonſt.* la condition impoſée à un légataire de demeurer toute ſa vie dans un lieu, eſt rejettée comme contraire à la liberté. Voici ce qui a été jugé à cette occaſion en 1708: défunt Me Bracquet, Avocat au Parlement, & célebre Conſultant, avoit légué 200 liv. de penſion viagere à ſon Clerc, à la charge de ſe retirer à la campagne dans une Maiſon Religieuſe, pour y faire ſon ſalut. Le teſtateur avoit en cela ſes raiſons, ſinon il lui legue ſeulement 300 liv. une fois payées.

Le Clerc faiſoit un grand uſage de la Loi *Titio* ci-deſſus, & en outre obſervoit qu'il étoit veuf, chargé de quatre enfants, & entr'autres de deux filles mineures, ſur la conduite deſquelles il étoit obligé de veiller. Sur quoi intervint Arrêt en la Grand-Chambre, le premier mardi d'après la Saint-Laurent, en 1708, qui a fait délivrance au Clerc purement & ſimplement du legs de 200 liv. de penſion viagere.

## CHAPITRE II.*

*Des conventions pour obvier à la diverſité des Loix par rapport aux Statuts réels, dans le cas où il y a changement de domicile.*

*TRADUIT DU LATIN DE RODENBURGH.

### SOMMAIRE.

I. *Chez les Hollandois, il eſt permis à un pere qui achete la ſucceſſion de la mere de ſes enfants, de fixer & déterminer, par le même acte, la maniere dont on leur ſucédera ab inteſtat.*

II. *Cette convention vaudra-t-elle, chez les Hollandois, ſi le pere convient que ce ne ſera pas lui qui ſera l'héritier de ſes enfants; mais les plus proches parents maternels?*

III. *Que faudra-t-il décider ſi, depuis la convention, le pere va demeurer à Utrecht, & que le pupille y meure? Lui ſuccédera-t-on en vertu de la convention, ou ſera-ce en vertu de la Loi d'Utrecht?*

IV. *Que répondra-t-on pareillement dans le cas où un homme domicilié chez nous, ira demeurer en Hollande? La convention ci-deſſus qui ſeroit comme non écrite parmi nous, aura-t-elle lieu dans le nouveau domicile?*

V. *Que ſera-ce ſi le domicilié chez nous s'en va demeurer en Hollande, & y fait une pareille convention?*

VI. *Un homme ſtipulant, hors de ſon domicile, des intérêts permis dans le lieu, mais défendus dans ſon domicile, les ſtipule-t-il valablement?*

VII. *L'on exigera valablement parmi nous, tant le principal que les intérêts, ſi la convention en eſt faite dans un lieu où cela ſoit permis.*

VIII. *Une communauté ſtipulée entre conjoints, comprend-elle un gain accordé par la Loi?*

PASSONS des Statuts perſonnels aux Statuts réels, du nombre deſquels nous avons dit qu'étoient ceux qui déterminent la maniere de ſuccéder *ab inteſtat.* Nous

avons expliqué précédemment comment on peut, par convention, introduire une maniere de ſuccéder, différente de celle preſcrite par le domicile ; il nous faut à préſent examiner, dans ce Chapitre, ſi le changement de domicile, depuis la convention, peut opérer une maniere de ſuccéder, différente de celle dont on eſt convenu. Je ne vois pas quelle difficulté pourroit faire naître le nouveau domicile, ſi, dans l'ancien, comme dans le nouveau, les mêmes conventions y ſont autoriſées. C'eſt pourquoi il faut néceſſairement feindre une eſpece dans laquelle les Loix des deux domiciles ſoient contraires entr'elles au ſujet de la validité de la convention ; nous en trouverons un exemple dans une Cauſe qui a été derniérement agitée dans notre Conſeil provincial, & dont j'ai parlé ailleurs, parce que la conteſtation avoit bien des branches.

I. Chez les Hollandois, on admet une ſorte de convention qui ſe paſſe entre le pere d'un pupille & ſes tuteurs. Par cette convention, le pere, qui moyennant une certaine ſomme qu'il donne à ſes mineurs, achete la ſucceſſion de leur mere, peut déterminer & régler la maniere de ſuccéder à ce pupille qui décede *ab inteſtat* ; c'eſt à-peu-près de même que lorſque, par des conventions matrimoniales, on change l'ordre de ſuccéder.

II. Selon Grotius, dans ſon Introduction, ces conventions ont été autoriſées afin que les peres, pouvant convenir qu'ils ſeront eux-mêmes les héritiers *ab inteſtat* de leurs pupilles, fuſſent excités par cet avantage à donner une plus grande ſomme à leurs enfants ; outre que cela ne fait pas de préjudice aux pupilles qui conſervent toujours la faculté de teſter : mais en ſuppoſant que cette raiſon qu'allegue ce grand homme, ſoit la véritable, elle n'auroit aucune application à l'eſpece qui fut agitée dans notre Conſeil provincial, en ce que l'on n'étoit pas convenu que ce ſeroit le pere qui ſeroit héritier du pupille, mais bien les plus proches parents de la ligne maternelle ; enſorte que cette convention, loin de procurer l'utilité du pupille, pouvoit au contraire lui être très-préjudiciable ; mais parce que la raiſon politique de la Loi Hollandoiſe n'eſt pas celle alléguée par Grotius, puiſque la Loi autoriſe généralement tel ordre de ſuccéder que le pere juge à propos de preſcrire pour l'accommodement qu'il fait avec les tuteurs. Le Conſeil provincial n'a pas cru devoir former

ſa déciſion ſur la raiſon de Grotius. C'eſt pourquoi le véritable point de difficulté qui reſta, fut celui qui donne lieu au préſent Chapitre ; car le pere du pupille, après avoir fait ſa convention avec les tuteurs, étoit allé demeurer à Utrecht, ſans eſprit de fraude ; mais uniquement pour la commodité de ſes affaires : or, dans notre Province, on ne peut, par aucune convention, donner à un pupille qui a des biens acquis, un héritier *ab inteſtat.*

III. C'eſt ainſi que, ſelon le Droit Romain, vous feriez en vain des conventions au ſujet de la ſucceſſion d'un tiers ſans ſon conſentement : il s'agiſſoit donc, dans la Cauſe, de ſavoir ſi la convention, valablement faite chez les Hollandois au ſujet de la ſucceſſion du pupille, pouvoit ſouffrir quelqu'atteinte par le changement de domicile, & nous croyons qu'il faut répondre pour la négative ; en effet, quoique l'on puiſſe raiſonnablement alléguer que, pour déterminer celui qui eſt appellé à la ſucceſſion du pupille, (je parle quant aux meubles,) il faille avoir recours aux Loix du lieu où décede le pupille, enſorte que la convention faite en Hollande, ne puiſſe pas préjudicier à ceux qui, par les Loix du domicile actuel, ſont déſignés les héritiers de ce pupille ; cependant ces conventions étant valables dans leur principe, & prenant leur force des Loix qui avoient lieu pour lors, ainſi que toutes les autres conventions, encore que l'exécution & l'accompliſſement en ſoient remis au moment du décès, à la différence des teſtaments qui n'ont de force qu'après le décès des teſtateurs, il faut abſolument décider que le ſeul changement de domicile du pere, ne peut pas anéantir une convention qui a précédé ce changement, & qui eſt valablement faite ; avec d'autant plus de raiſon, que le pere, par un changement même exprès de volonté, ne pouvant, ni révoquer, ni altérer la convention qu'il auroit faite avec les tuteurs, il n'eſt pas poſſible de prétendre qu'il le puiſſe, par un ſimple changement de domicile, au préjudice de ceux avec qui il a contracté.

IV. Mais poſons l'eſpece contraire, & feignons que le mariage a été diſſous parmi nous, & que le pere ſurvivant a paſſé une pareille convention, & qu'ayant été enſuite demeurer en Hollande, le pupille y ſoit décédé : la convention ſubſiſtera-t-elle ? On ne le croit pas ; car n'étant pas valable dans ſon principe, comment peut elle le devenir par le ſeul change-

ment de domicile, ou par le ſeul laps de temps? En effet, c'eſt une choſe certaine, que pour connoître ſi une convention eſt valable, ou non, il faut conſulter la Loi du lieu où ſe paſſe le contrat. Burgundus, *Tract.* 4, *n.* 10.

V. Que dirons-nous donc ſi les conjoints ayant demeuré parmi nous, l'un d'eux y meure, & que le pere ſurvivant ait été en Hollande y faire, avec les tuteurs du pupille, la convention dont nous avons parlé ci-devant? Une telle convention ſera-t-elle bonne, parce que le lieu du contrat l'autoriſe? Oui, elle le ſera du pere aux tuteurs qui ont contracté en Hollande; mais non pas par rapport aux héritiers du pupille, ſi au jour de ſon décès, la Loi qui régit ſa ſucceſſion, en appelloit d'autres que ceux portés par la convention : car quoique parmi nous cette ſorte de convention n'ait point lieu, il ſuffit néanmoins que la perſonne ait été capable de contracter, pour que l'obligation ſoit valable entre les contractants. L'état & la condition des perſonnes, dépend, à la vérité, de la Loi du domicile; mais cependant, en ce qui regarde le lien de l'obligation, & pour déterminer ceux qui ſont obligés, nous enviſageons les Loix du lieu où l'engagement ſe paſſe.

VI. C'eſt ainſi que nous eſtimons une obligation nulle & illicite, quand les Loix du lieu où elle ſe paſſe s'y oppoſent : par exemple, ſi le prêt, quant aux intérêts, excede le juſte taux de ceux permis dans le lieu du domicile, on a décidé que ces intérêts auront valablement cours, en cas que ce prêt ſoit fait dans un lieu où de pareils intérêts ſont permis, & ceci ne s'éloigne pas beaucoup d'une conſultation qui fut donnée, il n'y a pas long-temps, chez nous, qui eſt, que ſi l'obligation d'un prêt eſt contractée dans un lieu où l'on peut exiger le principal & les intérêts, & que l'on eût même payé quelques intérêts, on pouvoit, parmi nous, exiger le principal & les intérêts dûs, encore que nous regardions le principal comme aliéné, dès que le créancier a perçu des intérêts, & c'eſt en cette occaſion qu'a lieu cette maxime, alléguée ſi ſouvent parmi nous, *Eens renten, altyt renten.*

VII. Tout ce que nous venons de dire, eſt par rapport aux conventions qui ne concernent que les meubles; quant aux immeubles, c'eſt une regle immuable, qu'il faut ſuivre les Loix de la ſituation : c'eſt pourquoi, par rapport aux biens ſitués

ſitués à Utrecht, ce ſeroit en vain que les Hollandois feroient avec les tuteurs d'un pupille, des conventions, telles que celles marquées ci-devant, quoique ces conventions valuſſent d'ailleurs, ſi elles euſſent été paſſées entre gens même de notre Province, pour les biens qui ſeroient ſitués en Hollande; car dans les ſucceſſions, la Loi du lieu où les fonds ſont ſitués, faiſant la Loi à ces fonds, on ne pourra pas, par des conventions qui ne ſont pas autoriſées dans le lieu de la ſituation, faire préjudice aux héritiers qui doivent ſuccéder au pupille.

Il eſt vrai que, même par rapport aux immeubles, nous ſuivons, quant à la forme & ſolemnité des actes, les Loix du lieu où l'acte ſe paſſe; mais il n'y a aucune bonne raiſon pour dire qu'un acte dont les diſpoſitions ne vaudroient rien dans le lieu de la ſituation, puiſſe être valable parce qu'il auroit été fait ailleurs. C'eſt ainſi qu'encore qu'il ſuffiſe, dans un teſtament, d'employer les formalités du lieu où il ſe paſſe, vous ne direz pas cependant que le teſtament ſoit valable pour les biens ſitués dans la Gueldre, qui n'admet pas une faculté générale de diſpoſer de ſes fonds, comme nous l'avons établi très-amplement ailleurs, *Tit.* 1, *cap.* 5, *n.* 4.

Nous avons dit ci-deſſus, *Tit.* 2, *part.* 2, *cap.* 4, *n.* 6, que le gain d'un ameublement, qui, par la Loi de notre Province, appartient au ſurvivant des conjoints, étoit pris comme par une eſpece de droit ſucceſſif, ou de legs légal. Or, il n'y aura pas d'inconvénient que nous traitions ici une queſtion qui a rapport à notre ſujet, plutôt que de remettre à en parler au Chapitre où nous devons traiter des Loix par rapport à la ſubſtance des actes.

Suppoſons donc qu'un homme de la Province de Friſe, prenne une femme à Utrecht, & qu'ils ſtipulent entre eux une communauté, conformément à la Coutume du domicile de la femme, qu'enſuite ils aillent demeurer en Hollande, & que le mari y meure: on demande ſi, étant de diſpoſition en la Province d'Utrecht, que le ſurvivant ait quelque meuble pour gain de ſurvie, cette femme profitera du gain de ſurvie en vertu des Loix d'Utrecht? La difficulté conſiſte à ſavoir, ſi la communauté de biens, telle qu'elle a lieu parmi nous, emporte par elle-même le gain de l'ameublement, qui appartient, ſelon nos mœurs, au ſurvivant des conjoints, à titre

de préciput. Chopin, ſur la Coutume d'Anjou, *lib.* 3, *tit.* 2, *n.* 16, rapporte deux Arrêts, rendus dans une même affaire, ſur cette queſtion; l'un proviſoire, par lequel la veuve ſuccomba; & l'autre définitif, qui lui fit gagner ſon procès : & il approuve beaucoup ce dernier Arrêt, qu'il appuie de deux raiſons. La premiere, qui eſt que la communauté emporte par elle-même ce gain de ſurvie; la ſeconde, que ce gain, dont chacun a eſpérance de profiter, dépend d'un événement incertain, qui écarte toute jalouſie.

Mais examinons ſi, du moins parmi nous, l'on ne devroit pas juger autrement : car à l'égard de la raiſon alléguée par Chopin, & tirée de l'événement incertain, elle ne fait rien à la queſtion, qui ne conſiſte pas à ſavoir ſi ce gain de ſurvie vient d'une cauſe lucrative, ou purement onéreuſe, & ſi elle doit être, à raiſon de ce, plus ou moins favorable; mais elle conſiſte à ſavoir ſi ce gain de ſurvie eſt renfermé dans la ſtipulation, faite à Utrecht, de la communauté, la veuve ne pouvant pas le prétendre par les Loix du domicile actuel, qui eſt en Hollande, & je penſerois le contraire, plutôt que de regarder comme victorieux le raiſonnement de Chopin; car le droit de communauté entre conjoints, & le gain de ſurvie, ſont deux droits abſolument diſtincts & ſéparés, & qu'il ne faut pas rendre dépendants l'un de l'autre, s'il n'y en a une ſtipulation; & cela eſt ſi certain parmi nous, que le gain de ſurvie appartient même au ſurvivant, encore que les conjoints euſſent exclu toute communauté entre eux. Et telle eſt notre Juriſprudence, prouvée par un grand nombre d'Arrêts de notre Conſeil Provincial, ce qui ſert à faire connoître que ce gain de ſurvie n'a rien de commun avec la communauté d'entre conjoints. C'eſt pourquoi, des deux Arrêts cités par Chopin, je crois le proviſoire meilleur que le définitif. C'eſt ainſi qu'il arrive encore aujourd'hui, que de très-bons Jugements ſont très-mal à propos infirmés.

## OBSERVATION XLV.

IL échet ſur ce Chapitre de parler d'une queſtion que font naître certaines conventions, aſſez ordinaires dans les contrats de mariages. Un homme domicilié à Paris, ayant pluſieurs enfants, marie ſon aîné, & il le déclare ſon principal héritier.

Cet homme va demeurer dans une Coutume où le partage des meubles eſt moins avantageux pour l'aîné, que dans la Coutume où il demeuroit au jour de cette convention; que faut-il décider dans ce cas-là?

Chopin, *de Privil. Ruſtic. lib.* 2, *part.* 2, *cap.* 2, *n.* 4, *in margine*, propoſe cette queſtion. Une mere domiciliée dans la Coutume du Mans, marie ſon fils, & le déclare ſon principal héritier. Elle décede depuis à Alençon, où elle étoit domiciliée. Les filles veulent venir à ſa ſucceſſion mobiliaire, ſuivant la Coutume du dernier domicile. Le frere, au contraire, veut venir ſuivant la Coutume du Maine, dans laquelle la déclaration de principal héritier a été faite. Chopin demande, *an in hæc mobilia filiæ ſuccedant cum fratre juxta morem dicti domicilii, an frater ſolus juxta Cænomanum, ubi illa præcipui hæredis declaratio facta; ampliùs deliberandum cenſuit Senatus in Camera edicti, die* 2 *Septembris anno* 1605, *Roberto fratris Domini de Maimbray, & Gallandio ſororum cauſidicis. Pato ex tranſlati domicilii Lege judicandum, quoad mobilia in quibus declaratio prædicta nihil operatur*, art. 262 & 335, *Cænom. Moris.*

Suivant Chopin, il faut dans l'eſpece qu'il propoſe, partager les meubles ſelon le domicile au jour du décès de celui qui a fait la déclaration d'héritier.

Il fonde ſa déciſion ſur la diſpoſition textuelle de l'*art.* 262 de la Coutume du Maine, conforme à l'*art.* 245 de la Coutume d'Anjou, qui ne comprend que l'héritage, & non les meubles qui s'uſent & ſe conſument par l'uſage.

Dans ces mêmes Coutumes du Maine & d'Anjou, le noble qui marie ſon héritier préſomptif, comme ſon héritier principal, tombe dans l'interdiction de vendre & aliéner, &

même d'hypothéquer les héritages qu'il a au jour de la déclaration d'héritier, & les meubles n'y ſont point compris. C'eſt ce que dit Chopin ſur Anjou, *de feudaria nobilium ſucceſſione, lib. 2, tit. 3, n. 21, ſed hæc rerum ſoli duntaxat interdictio procedit, non autem moventium.* Voyez Dupineau, *art.* 243.

Ricard propoſe la même queſtion, non pas dans une Coutume particuliere; mais en général dans toutes Coutumes où les meubles appartiennent à l'aîné.

Il ne parle en aucune maniere des immeubles, parce que, dit-il, par la ſuite, ils doivent ſe régler ſuivant les Coutumes des lieux de leur ſituation, qui eſt invariable.

Il demande donc ſi un pere, domicilié dans une Coutume où les meubles appartiennent entiérement à l'aîné, ayant marié ſon fils en qualité d'aîné & principal héritier, peut en transférant ſon domicile en une Coutume qui admet le partage égal des meubles entre les enfants, faire que l'aîné ſoit obligé de ſe contenter de ſa portion des meubles, ainſi qu'il l'auroit eue, ceſſant la déclaration d'héritier; & il eſtime que cette déclaration d'héritier doit être réglée par la Loi du domicile au jour de la déclaration, en ſon *Traité des Donations*, *n.* 1063.

La raiſon qu'il en apporte, eſt que la déclaration empêche qu'on ne puiſſe ſuivre la regle ordinaire des ſucceſſions, au moyen de ce que l'aîné a un droit acquis ſur les biens de ſon pere, du jour du contrat de mariage, pour faire que ſa ſucceſſion mobiliaire ne puiſſe pas être partagée autrement que par la Coutume du lieu où il faiſoit alors ſa demeure, que les parties ont pu ſeulement conſidérer.

Il paroît en général que ces queſtions dépendent de l'effet que l'on donnera à la déclaration d'héritier.

Si l'on donne à cette déclaration l'effet d'une donation, qui rend, à l'inſtant, propriéraire le fils déclaré héritier, & qui lie les mains au pere, je croirois, dans ce cas, que le pere ne pourroit pas, par un changement de domicile, préjudicier à ſon aîné déclaré héritier principal.

Mais ſi l'on ne donne à cette déclaration d'autre effet que d'aſſurer la portion héréditaire, telle qu'elle peut être au jour du décès, en interdiſant ſeulement la liberté de diſpoſer à titre gratuit, ſoit entre vifs, ſoit par teſtament, il me paroît

qu'il faudroit ſe fixer à la Loi du dernier domicile : car le pere ayant la liberté de vendre & aliéner, doit avoir, ce me ſemble, la liberté de changer de domicile, *ſalvâ fraude*, le pere aſſure ſa ſucceſſion, & non pas les biens actuels.

Si la déclaration d'héritier n'a d'autre effet que de lier les mains au pere, par rapport aux biens ſeulement qu'il poſſede au moment de la déclaration, il faudra, en ce cas, ſe fixer à la Loi du premier domicile, & le pere ſera maître de tout ce qu'il poſſédera au jour de ſon décès, au-delà de ce que la Loi du premier domicile donnoit à l'enfant déclaré héritier, au jour de la déclaration; & à cet égard, voyez *les Inſtitutions contractuelles* de M. Euſebe de Lauriere, *tom.* 1, *chap.* 3, *n.* 31 *&* 32. Voyez encore l'*Obſerv.* 26.

## OBSERVATION XLVI.

*Sur la Loi qui doit régler les Contrats.*

QUELQUEFOIS l'on contracte en un lieu, l'on demeure dans un autre, & l'on promet de payer dans un autre, & quelquefois encore les biens, à l'occaſion deſquels nous contractons, ſont ſitués ailleurs, & tous ces différents endroits ont leurs Loix ſouvent contraires & oppoſées.

On demande quelle ſera, dans la concurrence de toutes ces Loix, celle ſur laquelle il faudra ſe régler, ſoit pour déterminer les droits, les actions & les exceptions qui naiſſent du contrat, & qui en ſont les ſuites, ſoit pour en interpréter les clauſes & les diſpoſitions.

Ces queſtions ſont des plus importantes dans cette matiere, & embraſſent beaucoup d'objets.

Nous avons, dans le Droit, deux Loix qui, au premier coup d'œil, peuvent augmenter la difficulté. La Loi *Si fundus 6, ff. de evict.* & celle *contraxiſſe, ff. de obligat.*

La premiere veut que ce ſoit la Loi du lieu où le contrat a été fait, qui régiſſe le contrat. *Si fundus venierit ex conventione, ejus regionis in qua negotium geſtum eſt, pro evictione caveri oportet.*

La ſeconde veut au contraire que ce ſoit celle du lieu où

le contrat doit être exécuté. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur in quo ut solveret, se obligavit.*

Nos Auteurs ne trouvent dans ces Loix, qu'une antinomie apparente, & ils les concilient différemment.

Me Charles du Molin, par exemple, les concilie en disant que la Loi *si fundus, ex viva & radicali ratione præsupponit contrahentes habere domicilium in loco contractûs*, & que c'est là où le contrat doit être exécuté; mais que la Loi *contraxisse* est dans le cas où un homme s'est obligé d'exécuter le contrat par-tout ailleurs qu'au lieu même où il contracte.

Mais communément nos Auteurs concilient ces deux Loix, en observant que le lieu d'un contrat est double, savoir celui dans lequel le contrat a été passé *ubi verba proferuntur*; & celui dans lequel on doit remplir l'engagement porté par le contrat *ubi solutio destinatur.*

C'est pourquoi, quand, dans ces Loix, on y trouve ces termes *ubi contractum est*, ils disent qu'ils sont propres à marquer également le lieu où le contrat a été passé, comme le lieu où le paiement doit être fait, & que c'est le sens de la Loi qui en décide. Par exemple, dans la Loi premiere, *ff. de usuris*, ces termes y sont employés, *cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex More regionis ubi contractum est, constituitur*, & ces termes, *ubi contractum est*, doivent, suivant la Note de Me Denis Godefroy, être entendus dans cette Loi de l'endroit où le paiement doit être fait. *Hæc verba ubi contractum est, sic intellige ubi actum est ut solveret.*

C'est dans l'un & l'autre sens pris conjointement, que l'on peut entendre ce que Godefroy dit sur la Loi 20, *ff. de Judicit.* Il suppose un homme de Paris qui a contracté à Rome, *de mus Romæ contractum esse.* Il demande si cet homme de Paris, & qui y est poursuivi, sera condamné aux intérêts prescrits à Rome pour le retard, & il répond, *Id videtur, contractûs enim initium vitio caret*, & cette décision est très-juste en effet, en présupposant que cet homme de Paris a non-seulement contracté à Rome, mais encore a promis de payer à Rome.

Nos Auteurs estiment donc que la Loi *Si fundus*, qui veut que l'on suive la Loi où le contrat a été passé, s'entende du lieu, *ubi verba prolata sunt*, & qu'elle a son application au cas

où il faut décider de la forme, ſoit probante, ſoit ſubſtantielle, & conſtitutive du contrat, du mode, &c. ſoit même de la forme extrinſeque ; & que la Loi *contraxiſſe* s'applique au cas où il eſt queſtion de droits qui naiſſent d'un contrat, dont l'exécution & l'accompliſſement ſont remis dans un autre endroit.

Cette conciliation malheureuſement ne nous ſoulage pas beaucoup ; & ſi elle profite en quelque choſe, elle n'eſt d'aucun ſecours, diſons plus, elle nous jetteroit dans l'erreur, en quantité d'occaſions.

En effet, ſi cette conciliation étoit ſuffiſante, il n'y auroit que l'une de ces deux Loix à obſerver dans toutes les queſtions qui ſe préſenteroient à l'occaſion d'un contrat ; ſavoir, la Loi du lieu de la paſſation du contrat, ou la Loi du lieu de l'accompliſſement du contrat ; il faudroit mettre à l'écart, la Loi de la ſituation, & celle du domicile qui ſont pourtant deux Loix bien impérieuſes, & auxquelles il faut en quantité d'occaſions donner la préférence.

Il y a une ſeconde difficulté qui tombe encore ſur nos queſtions mixtes, qui eſt que les Loix d'un endroit donnent à certaines clauſes, un certain ſens & un certain effet ; & les Loix d'un autre endroit leur donnent un ſens & un effet, ou plus étendu, ou plus reſtreint. Par exemple, à Toulouſe, la clauſe, *ſi ſine liberis*, appoſée à une ſubſtitution, emporte une ſubſtitution graduelle, & en d'autres endroits, elle n'emporte qu'une condition, ſi d'autres circonſtances ne concourent pas.

Ces obſervations faites, revenons aux queſtions que nous avons propoſées d'abord. Le contrat eſt paſſé dans un lieu, la choſe, dont on a contracté, eſt ſituée dans un autre, le paiement eſt à faire dans un autre, & le domicile des parties eſt encore ailleurs. Les Loix de tous ces différents endroits ſont toutes différentes : Quelles ſont celles que l'on ſuivra dans cette variété que nous venons d'annoncer ? Tâchons d'éclaircir ces queſtions, & entrons en diſcuſſion.

Nos Auteurs nous avertiſſent qu'il y a deux écueils également conſidérables en cette matiere.

Le premier, qui a pluſieurs objets, eſt de confondre les choſes qui appartiennent à la ſolemnité des actes, enſemble les effets qui réſultent de la nature même de ces actes d'une part, avec les charges qui naiſſent depuis l'acte, par pur acci-

dent seulement, d'autre ; & Mævius, *ad jus Lubecense, quæst.* 4, *n.* 18, de ses Prolégomenes, observe que, faute de bien distinguer ces choses, on fait de grandes bévues dans l'administration de la Justice. *Cave autem in hac materia confundas actuum & contractuum solemnia, nec non effectus ab ipsis causatos cum eorum onere, & accidenti extrinseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est, id dum multi ignorant, aut non discernunt, forenses maximopere læduntur & gravantur.*

Il observe qu'à l'égard de ces charges accidentelles subséquentes au contrat, on ne suit pas la Loi du lieu du contrat. *In his enim quia non spectant ad formam, modumque contrahendi, contractum autem extrinsecus subsequuntur, non sectamur statuta loci contractûs.*

Il y a donc, comme nous venons de le remarquer, trois choses à distinguer, selon Mævius; 1°. *actuum & contractuum solemnia;* 2°. *effectus ex ipsis causatos*, & ces deux choses suivent la Loi du lieu du contrat; 3°. *onus & accidens extrinsecum*, & pour lors, *non sectamur Statuta loci contractûs.*

Si, par rapport à ces trois choses, tout le monde convenoit avec Mævius, que les deux premieres se reglent toujours par la Loi du contrat, dès que nous les aurions connues & distinguées, nous n'aurions plus à chercher la Loi qui doit régir la troisieme.

Mais, si on se réunit à dire que *quantùm ad solemnia*, il faut suivre la Loi du lieu du contrat, on ne se réunit pas à convenir de la Loi qui doit régler les effets qui naissent des contrats, *effectus ab ipsis causatos*, ni les charges accidentelles & étrangeres qui les suivent.

D'ailleurs, avant que d'en venir là, il y a bien des difficultés à surmonter pour connoître ce qui doit être regardé *tanquàm solemnia contractuum, vel tanquàm effectus causati à contractibus, vel tanquàm onus & accidens extrinsecum.*

Par exemple, la Loi *si fundus*, exige du vendeur, de donner caution pour la garantie de la vente ; cette charge de donner caution est-elle *accidens extrinsecum*, ou appartient-elle à la solemnité de l'acte, ou doit-on la regarder *tanquàm effectus causatus à venditionis contractu?*

Selon Mævius & la plus grande partie de nos Auteurs, il faut considérer la caution requise comme appartenant à la solemnité

ſolemnité, & à la maniere de contracter *ad ſolemnitatem & modum contrahendi*, & par conſéquent ſuivre la Loi où le contrat a été paſſé; mais, ſelon Mᵉ Charles du Molin, cette Loi appartient *ad effectum, meritum & deciſionem Cauſæ*, & pour la déciſion de la queſtion, il n'a pas cru qu'il fallût ſuivre la Loi du lieu du contrat; mais il a eſtimé que ce ſont les circonſtances qui doivent déterminer ſi le vendeur eſt tenu de donner caution ou non.

C'eſt encore, par la difficulté de convenir du principe de Mævius, *quantum ad effectus à contractibus cauſatos*, que deux de nos Auteurs ſe trouvent diviſés ſur la queſtion ſuivante.

Un particulier ſe rend caution du contenu en une obligation, & ce, dans un lieu où la caution peut être pouſuivie *abſque beneficio ordinis & excuſſionis*; mais ce particulier caution eſt pourſuivi pour le paiement, dans un endroit où le bénéfice d'ordre & de diſcuſſion a lieu, quelle Loi faudra-t-il ſuivre?

On ne peut pas diſconvenir que la néceſſité ou la diſpenſe de diſcuter ne ſoit *effectus cauſatus à contractu*; auſſi Burgundus décide-t-il, dans cette eſpece même, pour la Loi du contrat, *tract. 5, n. 11, ſunt præterea quædam quæ circa contractus conſiſtunt, ut fidejuſſio quæ eſt tanquam altera obligatio, & ideò referre putandum eſt quo in loco promittatur. Conſtat enim inæqualem eſſe conditionem fidejuſſoris, ex cujuſque regionis Conſuetudine; nam ſubinde etſi verbis parem, re tamen imparem obligationem ſuſcipit: quibuſdam enim locis qui ſimplex fidejuſſor pro altero extitit, ut principalis reus conveniri poteſt. E contrà apud Gandenſes, fidejuſſores non aliter tenentur quàm ſi debitorem creditor excuſſerit: proinde formam acceſſoriæ obligationis à loci natura ubi contrahitur, vimque, & interpretationem admittere rationi conſentaneum eſt.*

Cependant Faber, *C. lib. 8, tit. 23, de except. defin. 1ª*, décide pour la Loi où ſe porte la conteſtation, parce que, dit-il, *illa exceptio eſt dilatoria*, & comme telle appartient *ad litis ordinationem, & non ad deciſionem, cùm non ſit peremptoria.* Je traiterai cette queſtion ci-après, & je ne fais, quant à préſent, que propoſer.

Le ſecond écueil à éviter, eſt de ne jamais déférer à la Loi de la ſituation; & Burgundus, *ad conſt. Fland. tract. 4, n. 9*, ſe récrie fort ſur ce que les Auteurs ont cru que la Loi de la ſituation n'entroit pour rien dans le plan qu'il falloit ſe faire

sur cette matiere ; *quare satis mirari non possum quid scriptoribus in mentem venerit omnem rerum cogitationem à contractibus excludere, & generaliter obligationes interpretari secundùm Consuetudines loci ubi sunt celebratæ ; quæ sane, quam sint à communi utilitate, foroque aliena, nemo est qui non videat ; quippe non solum in emptione obtinet ut ad Consuetudinem rei spectare deceat, sed in locatione præterea & conductione, cæterisque contractibus.*

Comme cet Auteur s'est proposé de traiter de la Loi qu'il faut suivre par rapport aux contrats, & que ce qu'il a dit à cette occasion est ce que j'ai trouvé de plus méthodique & de plus travaillé, j'ai cru devoir en mettre un extrait sous les yeux de mon lecteur.

Burgundus, *tract.* 4, *supra cit.* agite, *quis locus spectandus sit in contractibus ?* & *tract.* 5, *quis locus spectari debeat in quasi contractibus, & in iis quæ circa contractus consistunt ?* & voici l'extrait de ses décisions sur ces deux questions.

Par rapport à la premiere, il observe que tout contrat est composé de forme & de matiere, c'est-à-dire que, dans tout contrat, il y a la forme & la chose dont on a contracté. *Omnis obligandi ratio habeat necesse est rem & verba, hoc est formam & materiam ;* mais il ajoute ensuite pour seconde considération, qu'il n'est pas indistinctement permis de contracter en tous lieux & en tout temps ; c'est-à-dire d'appliquer, en tout temps & en tous lieux, la forme & la matiere aux contrats : *sed nec omni loco & tempore contrahere licet.* Il dit encore qu'il est nécessaire de prendre garde avec qui l'on contracte : *plurimum quoque refert cum quibus stipulemur.*

Enfin il termine, en remarquant que c'est en vain que toutes les choses ci-dessus concourroient pour la validité du contrat, si les conventions des parties n'étoient pas conformes aux Loix, *& sane hæc omnia supervacua sint, nisi & secundùm Leges paciscamur.*

Ces premieres idées présuppposées, le principe de Burgundus est d'abord qu'en ce qui regarde la forme des contrats, & en tout ce qui sert à la perfection de cette forme, il faut suivre la Loi du lieu où se passe le contrat, *& quidem in scriptura instrumenti, solemnitatibus & ceremoniis, & generaliter in omnibus quæ ad formam, ejusque perfectionem pertinent, spectanda est Consuetudo regionis ubi fit negotiatio.*

Au nombre des choses *quæ pertinent ad formam, ejusque*

*perfectionem*, ce qu'il appelle *ſubſtantialia contractûs*, il met la néceſſité, preſcrite dans certaines Coutumes, de donner caution pour la garantie d'une vente. *Unde rectè Angelus notavit, ſi ad ſubſtantiam contractûs ſatiſdatio requiritur, cavendum eſſe pro evictione, alioquin nullam omninò fore conventionem.*

La Loi qui détermine les lieux & les temps où les contrats doivent être faits, décide encore de la forme : *conditio loci & temporis perfectionem formæ quoque reſpiciunt, & ideò à regione contractus pariter diriguntur.*

Il en eſt de même, ſelon Burgundus, des diſpoſitions qui ſe font *ſub modo :* par exemple, quelqu'un ſtipule à Gand que l'obligation qu'il contracte, ne pourra être exigée que de Titius, l'un de ſes héritiers. Burgundus décide que cette ſtipulation ne pourra pas à Gand être utile aux autres cohéritiers, *pactum conventum cohæredibus eſt inutile ;* mais que ſi elle eſt faite à Aloſt où elle eſt autoriſée, elle aura lieu, *verumtamen ſi idem pactum Aloſti convenerit, perſona Titii in ſolidum tenebitur, propter Conſuetudinem loci ubi proponitur contractum.*

Enfin, il renferme tout ce qu'il penſe ſur la Loi qui régit la forme des contrats, en diſant que, *quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretatione quæritur, veluti quos, & in quantùm obliget, quid Sententiæ ſtipulationis ineſſe, quid abeſſe credi oporteat. Item in omnibus actionibus, & omnibus ambiguitatibus quæ inde oriuntur, primum quidem id ſequimur quod inter partes actum erit, aut ſi non patet quid actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in regione in qua actum eſt, frequentatur ;* & il finit ainſi cet *art.* 1. *Et hæc quidem cuncta de ſolemnitate dicta ſunt.*

De-là il paſſe à ce qui regarde la matiere des contrats ; c'eſt-à-dire, aux choſes dont on a diſpoſé, & il dit qu'à cet égard il faut ſuivre la Loi de la ſituation, & il en fait l'application à trois eſpeces, que nous allons diſcuter tout préſentement.

Enfin, quant aux conventions, pour connoître ſi elles ſont licites ou non, cela dépend de la forme, & par conſéquent de la Loi du lieu du contrat, & il en fait l'application aux intérêts ſtipulés. *Licita verò an illicita ſtipulatio à forma quoque videtur proficiſci, & ideò iiſdem Legibus dirigitur, quibus ipſa forma, & ad locum contractûs collimare oportet : quare & uſurarum modus is conſtituendus eſt qui in regione, in qua eſt contractum, legitimè celebratur.*

Par rapport à ce qui regarde les quaſi contrats, il en faut dire la même choſe que des contrats, *idem in quaſi contractibus, quod in contractibus obtinet.*

On voit que Burgundus ſouſtrait ſeulement à la Loi du contrat, ce qui s'appelle la matiere des contrats, qu'il fait régir par la Loi de la ſituation; tout le reſte, ſelon cet Auteur, eſt régi par la Loi où le contrat a été paſſé.

Pour montrer qu'il faut quelquefois déférer à la Loi de la ſituation, par préférence à la Loi du contrat, Burgundus rapporte trois exemples. » A Aloſt, dit-il, la Loi eſt que l'ac-» quéreur particulier d'un fonds, eſt obligé d'entretenir le bail » du Fermier ſubſiſtant au jour de la vente. Or, le fonds vendu » eſt ſitué à Aloſt; mais le contrat de vente ſe paſſe dans un » lieu où l'on ſuit la Loi *Emptorem Cod. de locat. cond.* ſelon » laquelle l'acquéreur à titre ſingulier, n'eſt pas tenu d'entre-» tenir le bail, & il décide que cette circonſtance du contrat, paſſé ailleurs, ne ſauroit donner atteinte à la Loi qui a vigueur dans le lieu où l'héritage vendu eſt ſitué.

Voici un ſecond exemple. Dans un lieu où eſt ſitué un héritage, la Juriſprudence eſt que la tacite reconduction eſt pour trois ans, la location ſe fait dans un endroit où cette Juriſprudence n'eſt pas obſervée. Burgundus décide, dans cette eſpece, que la tacite reconduction doit avoir lieu, ſuivant la Loi de la ſituation.

Enfin, pour troiſieme exemple, un homme a un fonds ſitué dans un endroit où le vendeur a la faculté de ſe repentir juſqu'à la tradition; il le vend dans un endroit où cette faculté n'eſt pas autoriſée. Burgundus décide encore que le vendeur pourra ſe repentir, parce que les parties ſont préſumées s'être conformées aux Loix qui régiſſent les biens. *Propter præſumptam partium voluntatem quam videntur accommodare rebus de quibus contrahunt; ita ut nihil exiſtiment agi, ſi natura rei vinculo obligationis officiat, alioquin familiare eſt ut materia ſuas Leges contractibus inſerat.*

De ces trois déciſions que Burgundus vient de nous donner, je crois d'abord la premiere très-réguliere; mais ſes raiſons ne me paroiſſent pas ſuffiſamment développées.

J'eſtime donc, avec Burgundus, qu'en quelque lieu que le contrat de ferme ait été paſſé, le Fermier peut ſe défendre contre la demande en délaiſſement de la ferme, formée par

le nouvel acquéreur ; & ce, en vertu du droit inné dans ſon bail, & que la Loi de la ſituation donne à ce Fermier, ſur les biens qui lui ont été affermés ; c'eſt proprement l'héritage qui ſe défend, comme dans la preſcription, & le Fermier ne doit pas ſouffrir du fait particulier de celui qui lui a paſſé le bail, quand la Loi du fonds qu'il exploite eſt en ſa faveur. J'eſtime même que l'acquéreur n'a point de recours contre ſon vendeur, à l'exemple de ce qui ſe pratique dans le retrait, par la raiſon que c'eſt une Loi réelle publique, dont l'acquéreur a dû ſe faire informer.

Quant à la ſeconde, je crois encore, comme Burgundus, qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation ; mais, dans cette eſpece, je ne me trouve pas combattu par deux Loix différentes, ſavoir, la Loi de la ſituation & la Loi du contrat, parce que j'eſtime que la Loi de la ſituation & celle du contrat, ne ſont, dans l'eſpece propoſée, qu'une même Loi.

En effet, la tacite reconduction eſt une nouvelle convention tacite, préſumée faite entre le Propriétaire & le Fermier. Or, c'eſt dans le lieu où eſt ſitué le fonds, que cette convention tacite eſt préſumée faite. C'eſt effectivement là où le Fermier eſt préſumé devoir remettre la ferme après l'expiration de ſon bail, parce que c'eſt là où le Propriétaire eſt préſumé ſe rendre, pour connoître la bonne exploitation de ſon Fermier, faire la viſite de ſa ferme, & voir ſi elle n'eſt point dégradée ; ainſi, deux choſes concourent ici en faveur du Fermier, ſavoir, le lieu de la tacite reconduction, & le lieu de la ſituation, qui ne ſont qu'un même lieu, ce qui fait ceſſer toute difficulté.

C'eſt pourquoi, ſi l'héritage eſt ſitué dans une Coutume qui n'admet pas la tacite reconduction, le Fermier qui aura continué, après ſon bail, d'exploiter la ferme ſans avoir encore récolté, n'aura, contre le Bailleur qui voudra l'expulſer, qu'une action, afin de répéter ſes façons, labours & ſemences, s'il les a faites.

La tacite reconduction n'eſt pas, dans le Royaume, un droit général. J'ai vu une conſultation de M. Quinquet, Avocat à Soiſſons, du 15 Mars 1715, dans laquelle ce Conſultant établit que la tacite reconduction n'a point lieu dans tout le Bailliage & Siege Préſidial de Soiſſons, & l'on m'a aſſuré qu'il y a eu Arrêt conforme à la conſultation. J'ai trouvé encore

qu'en Artois, & dans le Cambreſis, la tacite reconduction n'a pas pareillement lieu, ſuivant l'Arrêt du Conſeil du 23 Août 1718, ſur lequel il a été délivré des Lettres-Patentes du 27 Avril 1719; & ſuivant un autre Arrêt du Conſeil, du 25 Novembre 1724.

Mais pour la troiſieme déciſion de Burgundus, qui regarde la faculté de ſe repentir de la part d'un vendeur, elle eſt ſuſceptible de grandes difficultés. Burgundus a enviſagé la queſtion du côté de la choſe vendue; mais ne doit-on pas plutôt l'enviſager du côté du contrat?

La faculté de ſe repentir avant la tradition, ne ſeroit-elle pas un mode de la vente, & n'appartiendroit-elle pas *ad vinculum obligationis?* N'eſt-ce pas *Lex certa quæ imponitur datione rei & ſub qua aliquid relinquitur?* comme dit Cujas, *Quæſt. Pap. lib.* 17, *l.* 71, *ff. de cond. & demonſt.* Suivant la Loi de la ſituation, il n'y a de vente, & d'engagement irrévocable qu'après la tradition; & ſuivant la Loi du lieu du contrat, la vente eſt irrévocablement obligatoire, même avant la tradition.

Or, le vendeur qui vend dans le dernier endroit, & l'acquéreur qui acquiert, ne contractent-ils pas une vente affectée du mode, c'eſt-à-dire, de la révocabilité, ou irrévocabilité admiſe dans le lieu où ſe paſſe le contrat? L'engagement d'entre eux, ce *vinculum obligationis*, ſemble devoir ſe régler ſuivant cette Loi, parce que le mode du contrat, eſt inſéparable du contrat, & par conſéquent il faudroit dire que c'eſt la Loi du lieu du contrat qu'on doit ſuivre dans cette troiſieme eſpece. Ne pourroit-on pas même appliquer, en cet endroit, contre Burgundus, ce qu'il dit lui-même, d'après la Loi, *quoties de vinculo obligationis quæritur, primum id ſequemur quod inter partes erit actum, aut ſi non patet, ſequemur quod in regione, in qua actum eſt, frequentatur.*

Je remarquerai que M. Pollet, en ſes *Arrêts de Flandre*, *part.* 2, *chap.* 31, ſe détermine différemment, ſuivant les différentes eſpeces. Si l'on vend dans une Coutume qui ne permet pas de ſe départir de la vente, la Coutume de la ſituation ne peut décharger les parties de leur obligation.

Ainſi M. Pollet, dans la premiere eſpece propoſée, défere d'abord à la Loi du contrat; il y a un engagement & une obligation contractée entre les parties, & elles ne peuvent le réſilier.

» Mais, ajoute-t-il, comme la Coutume de la ſituation peut » empêcher que cette vente ſoit exécutée, s'agiſſant de biens » ſitués dans ſon reſſort, le vendeur ne peut être tenu de dé- » livrer l'héritage vendu ; mais auſſi il ne peut éviter les dom- » mages & intérêts de l'acheteur, provenant du défaut de tra- » dition. «

Ainſi M. Pollet, dans la premiere eſpece propoſée, défere aux deux Coutumes. Il y a un engagement, il doit tenir ; mais la Loi de la ſituation s'y oppoſe, il faut des dommages & intérêts, réſultants de l'inexécution, cela eſt conforme à ce que dit Burgundus, *promiſſio obligat illum qui promiſit rem, ejuſque hæredes, & ſi illam præſtare non poſſint quia cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet .... impedimentum enim illud extrinſecus accedit, & non irritatur obligatio, ſed evicto fundo ad id quod intereſt actio competit.*

Dans le cas contraire, où la Loi du contrat permet de ſe repentir, & la Loi de la ſituation ne le permet pas, il ſemble néceſſaire de décider que comme il n'y a pas d'engagement, il n'y a pas auſſi d'obligation de faire la tradition, & que par conſéquent il n'y a pas de dommages & intérêts pour l'inexécution du contrat.

De tout ce que nous venons d'expoſer, l'on voit la difficulté qu'il y a de donner des regles certaines dont on puiſſe tirer les véritables déciſions.

Voici les maximes que nous preſcrit Bartole, *ad L. cunctos populos, Cod. de ſumm. Trinit. n.* 13, & d'après lequel nos Auteurs paroiſſent s'être détetminés. *Quæro quid de contractibus? Pone contractum celebratum per aliquem forenſem in hac civitate : litigium ortum eſt, & agitur lis in loco originis contrahentis ; cujus loci Statuta debent ſervari, vel ſpectari? Diſtingue, aut loquimur de Statuto, aut de conſuetudine quæ reſpiciunt ipſius contractûs ſolemnitates, aut litis ordinationem, aut de his quæ pertinent ad juriſdictionem ex ipſo contractu evenientis executionis ; primo caſu inſpicitur locus contractûs.* 2°. *Caſu, aut quæris de his quæ pertinent ad litis conteſtationem, & inſpicitur locus judicii ; aut de his quæ pertinent ad ipſius litis deciſionem, & tunc aut de his quæ oriuntur ſecundùm ipſius contractûs naturam tempore contractûs, aut de his quæ oriuntur ex*

*post facto propter negligentiam, vel moram. 1°. Casu inspicitur locus contractûs.*

*Et*, n. 20, *breviter dicerem sic; aut quis vult petere restitutionem ex læsione contingente in ipso contractu, tempore contractûs, & inspicimus locum contractûs; aut ex læsione contingente post contractum ex aliis negligentiis, ut mora, & inspicimus locum ubi est mora illa contracta.*

De ces décisions, Christineus, *vol.* 1, *Décis.* 223. en a tiré cette conséquence, que *si in loco contractûs minor nequit restitui, inspiciendum erit illud Statutum, nec poterit per Judicem causæ incæptæ restitui, etiamsi ex Statuto ibi posset restitui, nisi peteretur restitutio ex læsione posteà emergente ex præscriptione, aut in judicio.*

Voici présentement quelles sont mes réflexions.

Je remarque d'abord que nos Auteurs se déterminent assez unanimement pour la Loi où se passe le contrat; ils en font même une regle générale: *locus contractûs regit actum*, disent-ils presque tous, & cette regle est tellement générale chez eux, que la Loi 65, ff. *de Judiciis*, exigeant que la dot de la femme se regle par la Loi du domicile du mari au jour du mariage, & non par la Loi *ubi instrumentum dotale conscriptum est*, Godefroy regarde cette Loi comme une exception du Droit général, *speciale est in contractu dotis, ut non inspiciatur locus contractûs, sed domicilium mariti.*

Le principe de nos Auteurs, pour décider ainsi, est que le Juge du lieu où le contrat a été passé, est le Juge du contrat.

Or, disent-ils, c'est la même chose d'être soumis à la Juridiction d'un lieu, & d'être lié & astreint aux Loix de ce lieu. *Paria sunt forum alicubi sortiri, & Statutis ligari: si ibi forum, ergo & jus.*

Mais si cette maxime est vraie en matiere criminelle, *ratione delicti* (parce que le coupable, dans ce cas, *sortitur forum, & efficitur subditus Jurisdictioni loci.* Mol. *Cod. lib.* 1, *tit.* 1, *de delictis*, voyez l'Ordonnance de 1670) elle n'a pas lieu, parmi nous, en matiere civile; & comme nous n'admettons pas cette raison de décider, il n'est pas possible d'admettre la décision.

En effet, parmi nous, les Juridictions sont de Droit public, & les actes n'attribuent, de Droit commun & ordinaire, aucune

cune Juriſdiction ; par conſéquent il n'eſt pas poſſible de préſumer que les parties aient voulu s'aſtreindre aux Loix d'un lieu dont elles ne ſont pas juſticiables.

En France, dit Bacquet, *ch.* 8, *des Droits de Juſtice*, *n.* 27, *non inſpicimus locum contractûs, nec locum ſolutionis, ſed domicilium debitoris :* tellement que le titre du ff. *de eo quod certo loco dari oportet*, la Loi unique, au Cod. *ubi conveniatur qui certo loco dare promiſit*, la Loi *contraxiſſe*, *ff. de act. & oblig.* la Loi *quæro*, *ff. de ſolut.* ne ſont point obſervées parmi nous pour fixer la Juriſdiction. Voyez du Molin, *in Commentaria Decii, ad Digeſt. vet. part.* 1, *rubri. de Juriſd. omn. Jud. L.* 18, *verbo contrarium & ad jus pont. tit. de Judiciis, in cap. de quo vult.*

Burgundus obſerve auſſi que, ſuivant les mœurs de ſa nation, le débiteur ne peut pas être convenu dans le lieu où il s'eſt obligé de payer. *Debitor moribus noſtris in foro ſolutionis, non recte convenitur, tract.* 2, *n.* 23.

Je ne connois en matiere civile que quelques exceptions à ce principe général. La premiere eſt celle de l'Ordonnance de 1673, qui permet en l'*art.* 17 du *tit.* 12, au marchand créancier d'un autre marchand avec qui il eſt en commerce, de donner aſſignation, à ſon choix, au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la promeſſe a été faite, & la marchandiſe fournie, ou au lieu auquel le paiement doit être fait.

Je ne parle pas des Juges de privilege & d'attribution ; ce ne ſont encore que des exceptions qui ſervent à fonder notre principe général.

Il y a encore l'exception concernant les étrangers qui poſſedent des biens dans le Royaume : ils ne peuvent être pourſuivis en France en action perſonnelle ; ils le peuvent être ſeulement en action hypothécaire. Voyez l'*Obſerv.* 25.

Une autre raiſon, employée par ceux qui ſe déterminent pour la Loi du lieu du contrat, eſt que les parties ſont préſumées ſe ſoumettre à la Loi du lieu où ils contractent ; mais ce principe pris généralement & cruement, *ruditer & indiſtinctè*, dit Me Charles du Molin, n eſt pas vrai. Les circonſtances différentes ſont ſeules la déciſion de cette queſtion, n'étant pas poſſible de dire qu'un homme qui contracte par hazard & fortuitement dans un lieu, & qui peut-être n'a pas intention d'y revenir jamais, ait néanmoins voulu ſe ſoumettre à une

Loi qui lui eſt étrangere, & dont il n'a ſouvent pas eu le temps d'être informé; & ces réflexions militent, ſoit pour le cas où il ne ſeroit queſtion que d'un engagement perſonnel, ſoit à plus forte raiſon, s'il s'agit d'un fonds ſitué ailleurs.

C'eſt pourquoi à ce principe général de nos Auteurs, qu'il faut ſuivre la Loi où les contrats ont été paſſés, Hertius, *de colliſione Leg. ſect.* 4, *n.* 10, met juſques à ſix exceptions, dont voici la quatrieme, *ſi exterus ignoravit Statutum.* C'eſt ce qui a fait dire à Schotanus, *Diſputat.* 8, *n.* 9, que *advenæ duo qui ſunt ejuſdem territorii, alio in loco quàm ſuo ſimpliciter contrahentes fortuito, ignari juris quod aliter obſervatur in loco contractûs, quàm ſuo, non videntur ſecundùm aliud jus, quàm id, quod in ſua patria obtinet, contraxiſſe. Adventitius hic caſus, quod ſimul in eum locum venerint, non hic computandus.*

Après tout ce que je viens de remarquer, voici ce qui m'a paru de plus raiſonnable en cette matiere.

## *PREMIERE REGLE.*

Il faut ſuivre la Loi du lieu où le contrat a été paſſé dans tout ce qui peut concerner la preuve & l'authenticité du contrat, & la foi qui lui eſt due, c'eſt-à-dire, dans tout ce que j'ai appellé ailleurs ſolemnités, &, à cet égard, il ne paroît pas deux avis, & c'eſt ce que j'ai traité ci-devant. *Obſerv.* 23.

M. le Camus, dans ſon acte de notoriété, du 23 Février 1708, obſerve que, ſuivant la Coutume de Paris, la veuve qui veut renoncer à la communauté de ſon mari, doit faire inventaire bon & loyal, avec perſonne capable, & même avec un légitime contradicteur, quand il y a des enfants mineurs, & que cette veuve, dans le cas même où ſon mari ne laiſſe aucun bien à inventorier, doit faire un acte de carence, avec les mêmes formalités que l'on feroit l'inventaire, s'il y avoit lieu à en faire. Au ſurplus, ſi l'on veut ſavoir *quæ fides adhibenda catalogis, quæ exemplis publicis, aut privatis, quæ exemplis exemplorum*, il faut conſulter Me Ch. du Mol. §. 8, *novæ Conſuetud.*

## *SECONDE REGLE.*

Il faut communément ſuivre la Loi du lieu du contrat dans

tout ce qui peut former le lien du contrat, ce que l'on appelle *vinculum obligationis ;* cependant cela dépend beaucoup des circonſtances.

Ainſi deux particuliers contractent enſemble en préſence de témoins, & ſans écrit, dans un endroit où pareilles conventions forment de véritables engagements, & à raiſon de quoi la preuve par témoins eſt admiſe dans cet endroit, pour quelque ſomme que ce ſoit, même au-deſſus de 100 livres ; ils plaident enſuite dans un lieu où cette preuve par témoins n'eſt pas admiſe ; dans cette eſpece, je ne trouve pas de difficulté à dire qu'il faudra admettre la preuve par témoins, parce que telle preuve appartient *ad vinculum obligationis & ſolemnitatem ;* & c'eſt ſans doute dans cette eſpece que ſe trouverent les deux Anglois, dont parle Brodeau, *lettre* C, *n.* 42, entre leſquels fut ordonné la preuve par témoins, pour un prêt qui excédoit 100 livres, & dont il n'y avoit pas d'écrit. Voyez le traité de la Preuve par témoins de Danty, *pag.* 41, de l'édition de 1708.

Quelques-uns prétendent que cela a été ainſi jugé, non pas parce que ces deux Anglois avoient contracté ſelon la Loi du lieu du contrat, mais parce qu'étant Anglois, ils avoient contracté entr'eux, comme on contracte dans leur nation ; mais cette réflexion ſeroit bonne, ſi, ayant contracté ailleurs, ſelon les Loix de leur pays, ils venoient plaider chez eux, *tunc ex æquo & bono in patria ſuſtineretur contractus,* & c'eſt la déciſion de Hertius, *de Colliſ. Leg. poſit. n.* 10 ; où, après avoir établi que *Lex actui formam dat,* & que *inſpiciendus eſt locus actûs, non domicilii, non rei ſitæ,* obſerve que cette regle ne vaut pas, *ſi actus inter duos celebretur, verbi gratiâ Pactum, & uterque paciſcens ſit exterus, & unius civitatis cives ; dubitandum enim non eſt actum à talibus, ſecundùm Leges patriæ, factum in patria valere.*

Voet. *ſect.* 9, *cap.* 2, *n.* 9, dit la même choſe ; c'eſt encore la déciſion de Godefroi, ſur la Loi 20, *ff. de Juriſdict.* dans le cas d'un teſtament. *Quid ſuperioribus locis factum teſtamentum, non illorum locorum ſolemnitate, ſed patriæ, num in patria valebit ? Id videtur : jus enim patriæ in teſtamentorum ſolemnitatibus ſpectari oportet ;* mais je ne vois pas d'Auteurs qui ſoient de l'avis qu'un tel contrat fait ailleurs, *ſecundum patriæ Leges,* doive avoir lieu *etiam extra patriam.*

Mais ſi un Anglois avoit contracté en France avec un François, j'eſtimerois que la preuve par témoins n'eût pas été admiſſible: un étranger qui contracte en France avec un François, eſt dès lors ſoumis aux Loix de France, en ce qui regarde la maniere de contracter. Voyez *Quæſt. Not.* & maximes du Droit, imprimés à Grenoble en 1702, *Quæſt.* 14.

C'eſt par l'application de cette regle que j'ai cru qu'on pouvoit attaquer Burgundus, lorſqu'il dit que la faculté de ſe repentir, accordée dans certains endroits au vendeur juſqu'au moment de la tradition, dépendoit de la Loi de la ſituation; il paroît au contraire que c'eſt un mode de la vente, concernant le lien du contrat qui doit, en certaines circonſtances, ſuivre la Loi du contrat. Je me ſuis expliqué ci-devant ſur cettequeſtion.

En eſt-il de même de l'exemple ſuivant? Un homme fait une vente dans un lieu où tout vendeur eſt obligé de donner caution pour la garantie: ſera-t-il obligé à cette charge, encore qu'il ne ſoit pas domicilié dans ce lieu, & que les héritages vendus fuſſent ſitués ailleurs? Cette charge appartient-elle au lien du contrat? Nos Auteurs répondent preſque tous pour l'affirmative. C'eſt, diſent-ils, une formalité requiſe pour la parfaite formation de la vente, *ad firmitatem contractûs*, c'eſt *onus conventionis & obligationis.* C'eſt un mode de la convention: on ſait que tout vendeur eſt tenu *vacuam tradere poſſeſſionem, & præſtare de evictione.* Cette garantie, dans le droit commun, eſt ſuffiſamment aſſurée par l'action perſonnelle que l'acquéreur a de droit contre ſon vendeur, & même par l'action hypothécaire, quand la vente eſt par devant Notaires; mais, dans certains lieux, la Loi exige une caution pour cette garantie. C'eſt donc un mode qu'elle ajoute à la garantie qu'elle demande au vendeur, laquelle fait partie du lien du contrat, & qui lui donne ſa perfection: c'eſt ce que nos Auteurs appellent *Naturalia contractûs: ea enim quæ autoritate Legis, vel Conſuetudinis contractum concomitantur, eidem adhærent: naturalia à doctoribus appellantur. Lex enim altera eſt quaſi natura, & in naturam tranſit; atqui quoad naturalia contractuum, etiam forenſes Statuta loci contractûs obſervare debent.* Lauterback. *diſſ.* 104, *part.* 3, *n.* 58; c'eſt ce qui a fait dire à Chriſtineus, *vol.* 1, *déciſ.* 283, que *generaliter in omnibus quæ ad formam, ejuſque perfectionem pertinent, ſpectanda eſt Conſuetudo regionis ubi fit negotiatio... Ac proinde*

*ſi ad ſubſtantiam contractûs, requiritur ſatisdatio, cavendum eſſe pro evictione, alioquin nullam omninò fore conventionem... Etiamſi res de qua contrahebatur, erat alibi ſita.*

Mais, à ces raiſons, ne ſeroit-on pas fondé à oppoſer que la formalité de la caution que le vendeur eſt obligé de donner pour la garantie de la vente, que ce mode qui caractériſe la ſorte de garantie qui eſt due par le vendeur, n'appartient inconteſtablement, ni à la preuve & à l'authenticité de la vente, ni au lien du contrat, parce que la vente n'en eſt pas moins parfaite & obligatoire entre les parties? La néceſſité de garantir la vente eſt, à la vérité, du nombre des choſes que nous appellons *naturalia contractûs;* mais nous en admettons de deux ſortes; les unes qui naiſſent *ab eſſentialibus cujuſque contractûs principiis*, & d'autres *quæ ex Conſuetudine tantùm inſunt.* Voyez l'*Obſerv.* 23, ſur les formalités.

Or, la néceſſité de donner caution eſt, ſi vous voulez, *inter naturalia contractûs;* mais elle eſt de la ſeconde claſſe. *Ineſt ex Conſuetudine tantùm;* uſage même particulier & local qui n'eſt pas de droit commun, & qui à peine mériteroit d'être mis *inter naturalia contractûs*, du moins *poteſt abeſſe à contractu, ſine deſtructione contractûs.* C'eſt donc une charge à laquelle le vendeur n'eſt pas préſumé s'être ſoumis, quand il ne paroît pas qu'il en ait été certifié, & que d'autres circonſtances ne concourent pas avec le lieu du contrat; & cela d'autant plus que la néceſſité de donner caution, dégénere en action perſonnelle, & que pareilles actions devant s'intenter au domicile du débiteur, c'eſt la Loi du domicile qui doit régir ces ſortes d'actions.

M^e Charles du Molin ſe récrie fort contre le premier avis que l'on appuie ſur la Loi *ſi fundus, ff. de evict.* & il prétend que les Docteurs ont très-mal entendu cette Loi, & qu'ils en font une mauvaiſe application, qu'elle ne décide qu'une eſpece particuliere renfermée dans certaines circonſtances qui ſe trouvoient favorables à la Loi du contrat; mais il ne veut pas qu'on en faſſe une déciſion générale, & il croit que le Statut en lui-même *non concernit rem, ſed perſonam, quia ſatiſdatio eſt præſtatio perſonalis;* & qu'il faut conſulter ce que vraiſemblablement les contractants ont voulu, & que le vendeur n'eſt préſumé avoir voulu s'obliger que ſelon la Loi de ſon domicile.

M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 192, ſe détermine auſſi par la volonté préſumée de celui que l'on prétend être, à raiſon d'un contrat, aſſujetti à quelque charge, & il décide qu'il faut ſuivre la Loi de ſon domicile, à moins qu'il n'y ait une ſtipulation contraire, ou une circonſtance qui faſſe préſumer que les contractants ont voulu ſe ſoumettre à la Loi du lieu du contrat.

On ne peut pas douter que, quand il y a une ſtipulation, il faut s'y référer. On accordera encore qu'il pourroit y avoir des circonſtances ſi déciſives, qu'elles détermineroient; mais ôtez, ſoit la ſtipulation, ſoit les circonſtances, faut-il ſuivre le domicile du vendeur ou de l'acquéreur de droit réglé, ou faut-il ſuivre la Loi du lieu du contrat? Alderanus Maſcardus, *Concl.* 7, *n.* 75, dit, comme Me Charles du Molin, que la Loi qui oblige un vendeur de donner caution, *pertinet ad deciſionem cauſæ;* mais, contre l'avis de Me Charles du Molin, il veut que ce ſoit la Loi où le contrat a été paſſé, qui en faſſe la déciſion, parce que cette charge de donner caution *oritur ſecundùm naturam contractûs*, &, dans ce cas, ſon principe eſt que *in iis quæ ſpectant deciſoria cauſæ, & litis deciſionem, inſpiciuntur Statuta loci ubi contractus fuit celebratus, quoad effectus cauſatos, vel cauſandos ex ipſo contractu, ſecundùm naturam contractûs, nullo facto extrinſeco occurrente.* Et voici l'application qu'il fait de ſon principe : *quod ſi Senis ſit Statutum vel Conſuetudo quod venditor teneatur præſtare fidejuſſionem emptori de evictione, & Florentinus vendidit mihi Senenſi prædium ſitum in territorio Florentino, & fuerit hic Senis celebratus contractus, ſed nihil fuerit dictum de fidejuſſore, tamen tenebitur Florentinus mihi fidejuſſorem præſtare, ſive conveniatur hic Senis, ſive Florentiæ, licèt prædium emptum ſit in territorio Florentino, quia iſta Conſuetudo, ſive Statutum de fidejuſſore præſtando reſpicit deciſionem cauſæ, & eſt effectus cauſatus ab ipſo contractu, tempore ipſius contractûs, ob Statutum loci, nullo extrinſeco interveniente, ſed ſecundùm naturam ipſius contractûs.*

Quoi qu'en diſe le plus grand nombre de nos Auteurs, ſi j'étois dans la néceſſité de prendre parti, je me rangerois du côté de Me Charles du Molin ſuivi par M. le P. Bouhier. J'eſtime en effet, comme lui, que la déciſion dépend beaucoup des circonſtances, encore plus des termes dans leſquels la Loi

eſt conçue ; car, ſi, faute de donner caution, la Loi prononçoit la nullité de la vente, qui pourroit douter que cette charge appartiendroit dès lors au lien du contrat, *ad firmitatem contractûs ?* mais, hors ce cas précis, j'eſtimerois que les circonſtances peuvent beaucoup influer ; la charge dès lors de donner caution, n'appartient plus au lien du contrat, c'eſt *onus conventionis, ſed non eſt vinculum formans ipſammet conventionem.*

Voici une autre queſtion, j'en ai dit deux mots ci-devant.

On ſait que, dans l'ancien Droit Romain, deux obligés ſolidaires pouvoient être contraints pour le tout ſans aucune diviſion. Tiraqueau, §. 31, *n.* 10, *de Retractu*, obſerve que l'uſage eſt encore tel en Poitou, *etiamſi nulla ſit renuntiatio beneficio diviſionis ;* & Dupineau, en ſes Obſervations, ſur Anjou, *art.* 468, obſerve que, dans cette Coutume, il a vu que, nonobſtant l'allégation de la ſolvabilité de chacun des débiteurs ſolidaires, ils ont été ſolidairement condamnés à payer, leur recours réſervé les uns contre les autres.

Au contraire, ſelon le droit des Novelles, tous obligés ſolidaires peuvent exciper de ce bénéfice de diviſion, s'ils n'y ont renoncé.

*His poſitis*, je ſuppoſe que pluſieurs particuliers ſe ſoient obligés ſolidairement dans un lieu où le droit des Novelles eſt obſervé, qu'ils ſoient domiciliés en Anjou ou en Poitou où l'on ſuit l'ancien Droit ; ces particuliers ſont pourſuivis ſolidairement. Je demande dans cette eſpece, s'ils pourront propoſer le bénéfice de diviſion ; la Coutume où ils ont contracté le veut, celle du domicile ne le veut pas, *quid Juris ?*

Cette queſtion a de grandes difficultés. Je n'examinerai pas ſi ce bénéfice de diviſion eſt ſimplement dilatoire, ou s'il eſt peremptoire : les uns l'ont cru ſimplement dilatoire, *litem differt, non perimit : ſi quidem creditor, excuſſo uno debitore, poteſt redire ad alium.* Faber, *Cod. L.* 8, *tit.* 23, *de except. Defin.* 1, eſt de cet avis ; mais Vinnius, *Inſt. liv.* 4, *tit.* 13, §. 10, *n.* 2, ſoutient le contraire, & dit que *rectiùs alii ad peremptorias exceptiones eam referunt.*

Mais ſoit que cette exception ſoit peremptoire, ſoit qu'elle ne ſoit ſimplement que dilatoire, il paroît qu'elle appartient au lien du contrat ; les obligés ſolidairement ſont plus ou

moins étroitement obligés, ſelon qu'il y a diviſion, ou qu'il n'y en a pas; &, par conſéquent c'eſt la Loi du contrat qu'il faut conſulter.

D'un autre côté, le bénéfice de diviſion eſt une exception perſonnelle contre l'action; ce ſont les obligés qui ſe défendent par les Loix qui les régiſſent, comme, dans les actions réelles, ce ſont les héritages qui ſe défendent par les Loix où ils ſont ſitués.

Dans l'eſpece propoſée, la Loi du contrat eſt plus favorable aux obligés que la Loi de leur domicile. Ainſi la faveur de la Loi du contrat jointe à la rigueur des principes qui ſe déterminent pour la même Loi, ſembleroient devoir décider en faveur de la diviſion; mais ſi l'on retournoit l'eſpece, & que les obligés, domiciliés dans une Coutume qui admet l'exception, contractaſſent dans une Coutume qui ne l'admet pas, faudroit-il ſuivre encore la Loi du contrat? La faveur de la Loi du contrat n'eſt plus pour eux, il n'y a plus que la rigueur; faut-il cependant décider pour cette Loi? Pour moi j'eſtimerois qu'il faut moins, dans ces eſpeces, s'arrêter à la rigueur de certains principes, qu'à un fonds de juſtice & de faveur qui tend dans une pareille ambiguité de raiſons, à ſoulager le débiteur.

Ainſi les obligés ſolidaires ont contracté ſous une Loi qui leur eſt favorable; j'embraſſe cette Loi: elle leur eſt contraire, j'embraſſe la Loi de leur domicile, & à le bien prendre, quelque parti que j'adopte, je rentre toujours dans des principes qui m'autoriſent. Voyez la *reg.* 7 ſuivante.

Voici une queſtion qui pourroit être plus d'uſage, & qui ne me paroît pas ſi difficile.

A Toulouſe, celui qui eſt grevé de ſubſtitution, eſt obligé de donner caution ſous quelques exceptions qui regardent les peres & meres.

En Provence au contraire, il n'eſt pas aſſujetti à fournir cette caution.

*His poſitis*, un homme eſt domicilié à Toulouſe, & il a des biens tant à Toulouſe qu'en Provence. Cet homme fait une ſubſtitution de biens ſitués en ces deux différentes Provinces: le grevé donnera-t-il ou ne donnera-t-il pas caution.

Si la ſubſtitution étoit générale, on pourroit dire, dans ce cas, qu'il faudroit ſe déterminer par la Loi du domicile de celui qui fait la ſubſtitution, que nous ſuppoſons être à Toulouſe, parce

parce que la caution requiſe eſt attachée au corps de la ſubſtitution, qui prend ſon principe dans le domicile du teſtateur, où ſe fait l'ouverture de la ſucceſſion, & que telle eſt même la volonté préſumée du teſtateur, qui connoît inconteſtablement mieux les Loix de ſon domicile, & qui dans une diſpoſition générale, eſt préſumé les enviſager par préférence à toutes autres.

Que ſi, au contraire, la ſubſtitution étoit de quelques biens en particulier, la déciſion pourroit être différente, &, dans ce dernier cas, il ſemble qu'il faudroit ſe conformer à la Loi de la ſituation, parce qu'elle régit expreſſément & ſinguliérement ces effets ſubſtitués; mais j'eſtime, dans l'un & l'autre cas, qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation. Il eſt vrai que par rapport à la procédure qu'il faut tenir pour faire ordonner l'exécution de la ſubſtitution, il faut ſuivre celle où la demande doit s'intenter, qui eſt ordinairement celle du domicile du défunt. Et aux termes de la nouvelle Ordonnance de 1747 : » pardevant le Bailliage, Sénéchauſſée, ou autre Siege » Royal, reſſortiſſant nuement en nos Cours de Parlement & » Conſeils Supérieurs, dans l'étendue ou le reſſort duquel étoit » le lieu du domicile de l'auteur de la ſubſtitution, au jour de » ſon décès, ou qui aura la connoiſſance des Cas Royaux dans » ledit lieu. «

Mais quand l'exécution a été ordonnée, il faut ſe mettre en poſſeſſion des biens ſubſtitués, & cette poſſeſſion ſe doit prendre ſuivant & conformément à la Loi de la ſituation.

Que la ſubſtitution ſoit générale, qu'elle ſoit particuliere, cela doit être indifférent, parce que, dans l'un & l'autre cas, il s'agit d'entrer en poſſeſſion & jouiſſance des fonds, & qu'il faut par conſéquent ſe conformer à la Loi de la ſituation.

La volonté préſumée du teſtateur, n'eſt ici d'aucun ſecours, parce que cette formalité de donner caution, vient de la Loi, & non d'aucun contrat, & doit être accomplie littéralement : la préſomption n'eſt pas que celui qui fait la ſubſtitution, ait voulu autre choſe que ce que vouloit la Loi de la ſituation.

Cette eſpece eſt différente de celle où il s'agit d'une caution que le vendeur doit donner pour la garantie de la vente; il s'agit, dans celle-là, d'un contrat, d'une formalité à laquelle

on pourroit dire, ſans déraiſonner, que le vendeur s'eſt tacitement obligé, en contractant dans un lieu où cette formalité eſt néceſſaire, que c'eſt une charge conventionnelle, écrite tacitement dans le contrat; mais dans l'eſpece actuelle, il s'agit d'un teſtament : cette formalité de donner caution, n'eſt pas convenue, ni expreſſément, ni tacitement, entre le grevé & le ſubſtitué, & elle n'eſt réquiſe que par la Loi de la ſituation.

C'eſt pourquoi ſi le teſtateur étoit domicilié en Provence, où le grevé ne donne pas de caution, & que les biens fuſſent ſitués à Toulouſe, pourroit-on dire que parce que la Provence n'exige pas cette formalité, le grevé en ſeroit diſpenſé à Toulouſe ? N'eſt-ce pas ici une charge attachée aux biens, & une formalité à remplir par celui qui veut ſe mettre en jouiſſance des biens ? & peut-il entrer en jouiſſance que conformément à la Loi de la ſituation ?

C'eſt ainſi qu'un gardien, noble ou bourgeois, ſera tenu de donner caution, ſuivant que les biens ſeront ſitués en Coutumes qui l'exigeront.

C'eſt ainſi que le donataire mutuel donnera, ou ne donnera pas caution, ſuivant que les Loix de la ſituation y aſſujettiront le donataire mutuel.

C'eſt encore ainſi que la douairiere, quant au douaire coutumier, jouira de ſon douaire en donnant, ou ſans donner caution, ſuivant que les Coutumes des biens l'exigeront.

Je dis douaire coutumier, parce que s'il eſt préfix en rentes ou en deniers, c'eſt une obligation purement perſonnelle, qui ſe régit par la Loi qui régit le mariage.

Cependant, il faut l'avouer, je trouve dans un livre intitulé, *Queſtions notables & Maximes du Droit*, par *** célebre Avocat au Parlement de Provence, que ſur notre queſtion de caution, & dans l'eſpece que nous venons de propoſer, il ſemble que l'Auteur incline pour le parti contraire.

C'eſt par la force de notre ſeconde Regle, que tous nos Auteurs décident que ſi, pour la paſſation d'un contrat, *& propter firmitatem contractûs*, il eſt dû quelques droits, comme droits de contrôle, ou autres taxes, il faut les payer tels qu'ils ſont exigés dans le lieu du contrat, *ubi naſcitur contractus, id eſt, ubi contrahitur, & ubi verba concipiuntur.*

## *TROISIEME REGLE.*

Il faut, par rapport à la forme intrinſeque & conſtitutive des actes, ſuivre encore la Loi du contrat. Voyez l'*Obſerv.* 23, ſur les formalités.

## *QUATRIEME REGLE.*

Quand la Loi exige certaines formalités, leſquelles ſont attachées aux choſes mêmes, il faut ſuivre la Loi de la ſituation. Voyez la même *Obſerv.* 23.

## *CINQUIEME REGLE.*

Quand la Loi du lieu du contrat porte des diſpoſitions qui ne viennent pas de la propre nature du contrat, mais qui ont leur fondement dans l'état & condition de la perſonne, il faut ſuivre la Loi qui régit la perſonne, & dont cet état dépend.

Par exemple, un mari eſt domicilié dans un lieu où il n'oblige pas ſa femme, s'il contracte ſeul & ſans elle, quoiqu'elle ſoit ſous ſa puiſſance & ſous ſon autorité, ce mari vient contracter dans un lieu où, à raiſon de cette autorité, il oblige ſa femme en s'obligeant lui-même, elle ne ſera pas pour cela obligée, parce que l'obligation de la femme ne naît pas de la nature du contrat, ni de l'endroit où ſon mari a été contracter; mais de l'autorité maritale, qui n'a pas cet effet dans le lieu du domicile du mari.

C'eſt par cette diſtinction que Mævius, *loco cit.* décide l'eſpece que nous venons de rapporter. *Ratio patet, tum quia non ex contractu mariti, uxoris naſcitur obligatio, ſed ex ſocietate conjugali, & Statuto non informante contractus maritales, tum quia maritus contrahendo, foro & Statutis ſe ſubjicit, quoad contractum, non autem mulierem inſontem ſine facto ſuo ad alias quàm domicilii Leges obligare valet; tum denique quod in illo loco nulla actio contra uxorem intentari potuit, ergò nec executio.* C'eſt pourquoi, à l'égard de la regle générale que donne Burgundus, qui eſt qu'il faut ſuivre la Loi du contrat, *quoties quæritur quos vinculum obligationis obliget,*

on ne peut l'admettre qu'entre les contractants, & non par rapport à tout autre qui, perſonnellement, ne contracte pas. Voici un autre exemple.

Dans la Coutume de Bretagne, *art.* 430, *Quand homme & femme ſont obligés en un même contrat, & chacun pour le tout, ſi on veut faire l'exécution, conſtant le mariage, elle doit être faite ſur les biens du mari, tout premier, tant qu'il pourroit fournir, par avant que les héritages de la femme y courent, nonobſtant lettres, ni obligations que la femme ait faites, ou données ſur elle, ni ſur ſes hoirs, ni ſur ſes biens.*

» La raiſon de cette diſpoſition, dit Perchambaut, eſt que » le mari eſt cenſé avoir profité des deniers empruntés, qu'é- » tant maître de toute la communauté, & diſpoſant lui ſeul » des deniers qu'il emprunte, & où il fait obliger ſa femme, » il faut, conſtant le mariage, diſcuter les biens du mari, » pour payer, avant ceux de la femme. «

Au contraire, à Paris, quand un homme & une femme ſont obligés ſolidairement, on peut indiſtinctement ſe venger ſur les biens du mari & de la femme.

Je ſuppoſe préſentement que des mariés, domiciliés en Bretagne, viennent contracter à Paris, ou que des mariés, domiciliés à Paris, aillent contracter en Bretagne, comment le créancier devra-t-il ſe comporter quand il voudra ſe faire payer?

D'un côté, en employant le raiſonnement de Mævius, il eſt vrai de dire, dans cette eſpece, que l'action que le créancier a contre la femme & ſur ſes biens, ne vient pas *ex ſocietate conjugali;* elle naît du contrat perſonnel que la femme a contracté avec ſon mari; elle vient *ex proprio contractu uxoris*, par conſéquent ce ſeroit le cas de ſuivre la Loi du lieu du contrat.

D'un autre côté, on peut dire que, s'agiſſant de l'exécution d'un contrat, c'eſt le lieu de la ſituation des biens qu'il faut conſulter, dès que l'on ſe pourvoit ſur des immeubles, comme nous le dirons ci-après.

Enfin, il y auroit un troiſieme avis, & il ſemble que ce ſoit le meilleur, qui ſeroit de dire que la femme ne s'oblige avec ſon mari, que parce qu'elle eſt *in ſacris mariti*; que ſans le lien reſpectable du mariage, qui la rend dépendante, & ſans cette ſociété conjugale qui eſt entre eux, elle ne s'obli-

geroit pas avec un homme qui lui ſeroit étranger ; qu'à la vérité elle n'eſt pas obligée *ex ſocietate conjugali*, puiſqu'elle a contracté perſonnellement ; que néanmoins elle ne s'eſt obligée que parce qu'elle étoit femme & dépendante, que par conſéquent il faut ſuivre les Loix qui régiſſent l'état & la condition de cette femme ; que ſi l'action ſolidaire s'intente d'abord contre le mari & ſur les biens du mari, c'eſt un pur accident pour la ſolidité. Le créancier ne l'a pas moins contre l'un & contre l'autre : il peut exiger le tout du mari & le tout de la femme ; mais il doit commencer plutôt par l'un que par l'autre, & cette maniere de procéder, qui ne détruit pas la ſolidité, mais la modifie, ſe doit prendre de l'état des conjoints, qui lui-même ſe prend de la Loi matrimoniale. Voyez du Mol. *Qu.* 7 *&* 38, *de uſur.* & l'Arrêt du 16 Juillet 1515, rapporté *part.* 7, *ſtil. Parlam. n.* 101 ; joignez-y ce que j'ai dit ci-après, ſur la ſixieme Regle.

Par la force de cette cinquieme Regle, je ne puis me ranger du côté de la déciſion de Chriſtinæus, lorſqu'il dit que *ſi in loco contractûs minor nequit reſtitui, inſpiciendum erit Statutum illud*, le mineur tient ſon état & ſa condition de mineur, de la Loi de ſon domicile, & c'eſt de la même Loi qu'il doit tenir les privileges & les prérogatives de cette minorité.

Maſcardus, *concl.* 7, *n.* 55, fait une autre diſtinction : il n'admet pas qu'en fait de reſciſion de contrats, il faille ſimplement ſuivre la Loi du lieu du contrat, mais il veut qu'on examine quel eſt le lieu, *in quo fuit cauſata cauſa diſtractûs, vel reſciſionis ;* ſi c'eſt dans le lieu du contrat, *inſpiciendum erit Statutum loci contractûs ;* que ſi la cauſe de reſciſion *eſſet cauſata alibi, tunc illius loci eſſet ſervandum Statutum, ut puta, ſi minor eſſet læſus à principio ex contractu inito Januæ, ſervaretur Statutum Januæ circa reſciſionem illius contractûs, ſi verò eſſet ſecuta læſio Sarzanæ non à principio, ſed poſt contractum, & ex mora, aut negligentia ipſius minoris, tunc ſervaretur Statutum Sarzanæ.*

Je ne ſaurois embraſſer cette déciſion en entier, je la rejette dans ſa premiere partie, parce que, dans ce premier cas, la léſion du mineur me paroît toujours fondée ſur ſon incapacité, ſon peu d'expérience, & ſur la facilité qu'il a à être trompé ; & ces conſidérations ſe prennent de la Loi qui régit ſa perſonne & ſon état, *& non ex loco contractûs.*

Quant à la ſeconde partie de la déciſion de Maſcardus, qui eſt dans le cas de retard & de négligence poſtérieure au contrat, de la part du mineur, & que Maſcardus fait dépendre *ex loco ubi ſecuta eſt læſio*, j'eſtime que les circonſtances peuvent effectivement ſervir beaucoup pour décider s'il y aura lieu à la reſtitution, ou non; mais que la Loi *ubi ſecuta eſt læſio*, n'en ſauroit décider par elle-même.

Que faut-il dire de la queſtion ſuivante? Toutes les nations n'ont pas fixé le même temps pour ſe faire reſtituer contre des actes qui nous bleſſent. Suivant la Conſtitution de l'Empereur Conſtantin, *Cod. Theod. Tit. de in integrum reſtit.* il y avoit, dans l'ancienne ville de Rome, cinq ans du jour de la majorité; en Italie, quatre ans, & dans les Provinces, trois ans. Suivant nos Ordonnances, & depuis celle de 1539, il y a, en France, dix années, au lieu de quatre requiſes ſeulement avant ladite Ordonnance. Faber, au *Cod. lib.* 1, *tit.* 5, *definit.* 3, nous aſſure qu'à Rome, par exemple, il ne falloit, au jour qu'il écrivoit, que quatre ans. Voici l'eſpece qui fut décidée en faveur de la Loi du lieu du contrat, qui étoit encore celle du créancier, & celle du lieu où devoit ſe faire le paiement, mais qui n'étoit pas celle du mineur obligé.

Un Savoyard, mineur de 25 ans, & fils de famille domiciliée à Chambéry, s'étoit dit majeur & pere de famille, & comme tel, avoit cautionné, à Rome, un autre Savoyard, envers un créancier pareillement Savoyard & domicilié à Rome. On vient d'obſerver qu'à Rome le mineur devenu majeur, n'a que quatre ans pour ſe faire reſtituer, & il en faut dix en Savoye: le créancier pourſuivit à Chambéry la caution, qui s'étoit dit majeur, & qui réellement étoit mineur. Ce mineur étoit, à la vérité, dans les dix années de majorité preſcrites par la Loi de ſon domicile; mais il n'étoit plus dans les quatre années requiſes à Rome pour la reſtitution. Il prit des Lettres; la queſtion fut ſi l'on ſuivroit la Loi de Rome, où le cautionnement avoit été paſſé, ou celle de Savoye, où demeuroit celui qui avoit fait le cautionnement, & Faber nous aſſure que l'on ſe détermina en faveur du créancier domicilié à Rome, où l'engagement avoit été contracté, en adoptant les principes de Barthole, que j'ai tranſcrits ci-devant.

Je ne puis encore me rendre à cette déciſion; car enfin, la

Loi du domicile du débiteur dont il s'agiſſoit d'entériner les Lettres, étoit celle qu'il falloit principalement conſidérer, & cette Loi donnant le privilege & le bénéfice de reſtitution, fondée ſur la minorité au jour du contrat, & par conſéquent fondée ſur l'état & la condition de la perſonne, elle le donne avec tous les modes qui l'accompagnent, & avec toutes ſes prérogatives, & la perſonne ne tenant pas ce bénéfice de la Loi du lieu du contrat, ni du lieu où le paiement ſe doit faire, & l'obligé ſe défendant d'une obligation perſonnelle par les Loix qui régiſſent ſa perſonne, je ne vois pas pourquoi ce bénéfice qui appartient, ſelon nos Auteurs, *ad litis deciſionem*, ſeroit aſſujetti à toute autre Loi que celle du domicile du débiteur.

M. Cujas, *in Leg.* 3, *v. ſervus autem, ff. de minoribus*, *col.* 1013, dit, à la vérité, que *reſtitutio in integrum eſt in perſonam, id eſt in eum cum quo principaliter contractum eſt, non in rem*, enſorte qu'il ſembleroit que l'action en reſtitution, regarderoit principalement le créancier contre lequel les Lettres ſont priſes; mais ſur la Loi 13 du même titre, il dit, en parlant de la reſtitution, *perſonale enim beneficium eſt; cur enim reſtituitur? Ob infirmitatem ætatis.*

Je n'admettrois pas même la déciſion de Faber, dans le cas d'une obligation contractée par un majeur, parce que, s'agiſſant toujours d'une obligation attachée à la perſonne, le majeur ſe défend par les Loix mêmes qui régiſſent ſa perſonne.

Dans la réviſion que j'ai faite de mes Notes, depuis que M. le Préſident Bouhier nous a donné ſon Commentaire ſur la Coutume de Bourgogne, je ne ſaurois exprimer la ſatisfaction que j'ai reſſentie, lorſque je me ſuis trouvé d'accord avec ce grand Magiſtrat, & je prie mon Lecteur de le conſulter ſur la préſente queſtion, *ch.* 25, *n.* 62 & ſuivants, où il n'eſt pas poſſible de réſiſter au poids de ſes raiſons.

Au ſurplus, je ne puis paſſer ſous ſilence ce que dit M. Froland, en ſon Recueil d'Arrêts de Réglement, *pag.* 299, qui eſt que le temps de la reſtitution court juſqu'à la trente-cinquieme année, & ne finit pas à trente ans, par rapport à un homme né en Normandie, & majeur à 20 ans. Il y a un Réglement pour la Normandie, qui eſt conforme à l'Ordonnance de 1539.

## *SIXIEME REGLE.*

Quand il s'agit de décider si des conventions faites au sujet des droits qui naissent, *ex natura & tempore contractûs*, sont légitimes, ou non, il faut suivre la Loi où se passe le contrat; c'est ce que dit Me Ch. du Molin, §. 12, *Gloss.* 7, *n.* 35, 36 & 37, où il parle en ces termes : *in concernentibus contractum, & emergentibus tempore contractûs, spectatur locus in quo contrahitur;* ce qui est suivi de Christinæus, *Decis.* 283, *vol.* 1; de Mævius, *ad jus Lubecense, Quæst.* 4, *prælim. n.* 13; de Lauterback, *Diss.* 104, *pag.* 153; de Strick. *de princip. Jur. in alien. territ. exercente. Si lis oritur ex natura contractûs, & tempore contractûs, consideratur Statutum loci contractûs.*

C'est pourquoi s'il s'agit de régler la légitimité du taux des rentes, & que, dans le lieu de la passation du contrat, le taux soit différent de celui qui se paie, soit dans le domicile du débiteur, soit dans le domicile du créancier, soit enfin dans le lieu où les biens hypothéqués sont situés, le taux convenu sera jugé très-légitime, s'il est conforme à la Loi où le contrat a été passé. C'est la disposition de la Loi premiere, *ff. de Usuris. Cùm Judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio Judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur;* & je croirois que cela auroit lieu, encore que les parties eussent, de dessein prémédité, contracté dans un lieu plutôt que dans un autre.

Nous avons vu, de nos jours, qu'étant défendu de constituer des rentes à un taux plus fort que le denier 30, ceux qui vouloient emprunter à constitution au denier 20, envoyoient des procurations pour passer les contrats à Pontoise, du ressort du Parlement de Normandie, où l'Edit n'avoit pas été enrégistré.

Que si l'une des parties étoit domiciliée dans le lieu même du contrat, le taux qui auroit été convenu conformément au lieu, devroit, à plus forte raison, subsister, soit qu'il fût à l'avantage du créancier contre le débiteur, ou du débiteur contre le créancier, parce que la stipulation étant légitime par la Loi seule du lieu où l'on contracte, elle l'est, à plus forte raison, quand elle se trouve d'accord avec celle du domicile d'une

de l'une des parties. Cela a été jugé par deux Arrêts, l'un de 1643, & l'autre de 1655, que j'ai cités, *pag.* 328, *Quæſt.* 17, de mes Diſſertations ſur les Statuts, & qui ſont rendus dans le cas d'un taux convenu au profit d'un créancier, & dans ſon domicile, plus fort que celui qui avoit lieu dans le domicile du débiteur. On en trouve encore un autre dans Péleus, en ſes *Actions forenſes, liv.* 4, *arr.* 86, en date du 13 Mars 1598.

Enfin il y en a un dernier de 1648, entre Julien & Gilles Loſſandiere, & Julien Raymont ſieur de la Chaſſerie, en la troiſieme, après partage de la ſeconde, M. Carré de Montgeron, Rapporteur, M. Simonet, Compartiteur. Il fut jugé par Arrêt qu'un contrat de conſtitution, paſſé en 1660 au profit d'un domicilié en Normandie, par devant les Notaires de Normandie, dans lequel l'intérêt étoit ſtipulé au denier 14, qui avoit lors cours en cette Province, n'avoit pu être attaqué comme uſuraire, ſous prétexte que le débiteur étoit domicilié en une Province où le taux étoit alors au denier 18; ce moyen d'uſure étoit propoſé après 46 ans.

Je parle, en cette occaſion, de rentes conſtituées à prix d'argent; car s'il s'agiſſoit de rentes priſes d'un fonds rachetable, ſuivant le taux qui a cours dans le lieu de la ſituation, lequel taux ſeroit plus fort que dans le lieu de la convention, j'eſtimerois qu'il faudroit ſuivre le taux de la ſituation.

Par exemple, un Pariſien vend à Paris un fonds ſitué en Normandie, moyennant une rente rachetable au denier 10, qui avoit lieu en cette Province, & il en ſtipule le rachat au denier 10, pendant qu'à Paris le taux étoit au denier 12; cette rente ſera valable, parce qu'elle eſt impoſée ſur le prix d'un fonds ſis en Normandie où le denier 10 avoit lieu, & c'eſt ce qui a été jugé par Arrêt, ſur partage, du 25 Février 1605, rapporté par Bouguier, *lett.* R, *n.* 6.

Il ne faut pas confondre cette eſpece avec celle d'un homme qui vend un fonds, & qui, ſous prétexte qu'il le vend au-deſſous de ſon produit, ſtipule, par forme d'indemnité, juſqu'au rembourſement, un intérêt qui excede le taux du lieu, & le produit ordinaire du fonds. C'eſt un homme, ſi l'on veut, qui vend, moyennant 2000 livres, un fonds rapportant 130 ou 150 livres par an, & qui ſtipule 200 livres de rente; car, quoique la convention des 200 livres de rente faſſe partie du contrat de vente, on a jugé, en haine des uſures,

& dans la crainte de les autoriſer, que le vendeur ne pouvoit pas ſtipuler un plus gros intérêt que le taux ordinaire du prix principal de la vente ou du produit de la choſe : il pouvoit vendre plus cher, s'il le vouloit; mais il ne pouvoit ſtipuler des intérêts du prix de la vente, que ſuivant le taux de l'Ordonnance, par Arrêt de Réglement, du 11 Décembre 1638; ce qui a été depuis jugé dans le cas de la vente d'un office, par Arrêt du 4 Février 1716. Voyez encore l'Arrêt du 29 Décembre 1648, Journal des Audiences.

Mais ſi, depuis la conſtitution à un certain taux légitime, le Prince jugeoit à propos d'y déroger pour une Province, en adouciſſant, même pour le paſſé, la condition du débiteur y domicilié; c'eſt une exception qu'il lui accorderoit, & dont il pourroit uſer contre le créancier, étant d'une autre Province. C'eſt une force majeure à laquelle le créancier eſt obligé de ſe ſoumettre. Voyez M. le Préſident Bouhier, *loco ſup. cit. n.* 200.

Il s'eſt préſenté en 1707 une queſtion, par rapport aux intérêts, à l'occaſion du changement de taux. Un Gentilhomme demeurant en Auvergne, ſe marie en 1631, & épouſe une fille du Dauphiné, où le contrat de mariage fut paſſé. Quelque temps après il va demeurer dans un de ſes châteaux en Nivernois, où il décede. La veuve fait régler ſes repriſes en Bourbonnois, à une certaine ſomme qu'elle ſtipule payable à Lyon dans ſix années, & cependant l'intérêt au denier 16, ſuivant l'Ordonnance qui avoit lieu pour lors.

Poſtérieurement ſurvint une premiere Ordonnance en 1634 qui réduiſit les intérêts du denier 16 au denier 18, & une autre en 1661, qui les réduiſit du denier 18 au denier 20; mais ces Ordonnances ne furent pas enrégiſtrées en Dauphiné, où le contrat de mariage avoit été paſſé, & les intérêts continuerent d'être payés à la veuve au denier 16 pendant pluſieurs années.

Les débiteurs, héritiers du mari demanderent que, ſur le principal de la ſomme qu'ils devoient, imputation fût faite des intérêts payés au denier 16, depuis que l'Ordonnance les avoit réduites au denier 18.

La queſtion fut de ſavoir ſi les intérêts devoient ſe payer ſuivant les uſages du Dauphiné où le mariage avoit été célébré, & où les nouvelles Ordonnances n'avoient pas été enrégiſtées,

ou s'ils devoient ſe payer ſuivant les autres endroits où elles l'avoient été ; & l'on fit voir que, ſoit que l'on conſidérât le domicile du mari, au jour du mariage, qui étoit en Auvergne, ſoit le domicile, au jour du décès, qui étoit en Nivernois, ſoit le lieu où les conventions avoient été liquidées, qui étoit en Bourbonnois, ſoit le lieu du paiement qui étoit en Lyonnois, ſoit le domicile des héritiers qui étoit en Auvergne, les Ordonnances y avoient été enrégiſtrées, & que, ne s'agiſſant que d'intérêts, tous ces endroits devoient avoir la préférence ſur la Loi du lieu où le mariage avoit été célébré, & où le contrat de mariage avoit été paſſé.

Par Arrêt du 27 Août 1707, rapporté ès Arrêts du Royaume, *tom.* 2, *Arrêt* 76, rendu à la Grand-Chambre, l'imputation fut ordonnée, à compter de l'Edit de 1665. Ainſi jugé, parce que, s'agiſſant de la dot, la reſtitution ne s'en fait pas de regle au lieu où le mariage a été célébré ; mais au lieu du domicile du mari, ſuivant la Loi *exigere*, *ff. de Judic.* Il n'y avoit point de Requête pour la réduction à compter de 1634.

Sur le changement du taux des rentes & des intérêts qui naiſſent *ex mora*, voyez Leprêtre, *Cent.* 4, *n.* 12 ; & Hevin, ſur Bretagne, *pag.* 305 & 306.

C'eſt parce que le droit de change, en fait de commerce, eſt dû à l'inſtant même de la lettre de change tirée, que par l'*art.* 3 du *tit.* 6 de l'Ordonnance de 1673, il eſt dit que le prix du change ſera réglé ſuivant le cours du lieu où la lettre ſera tirée, eu égard à celui où la remiſe ſera faite.

## *SEPTIEME REGLE.*

Quand il s'agit d'effets mobiliers, dont la tradition doit ſe faire à l'inſtant, il faut ſuivre la Loi où ſe fait la convention. En voici une eſpece que je trouve dans Colerus, *de Proceſſ. execut. cap.* 1, *part.* 2, *n.* 79, & ſuivants, qui, bien entendue, ſert à prouver notre ſeptieme regle.

Cet Auteur commence d'abord par mettre ſous les yeux le principe général de nos Auteurs, tiré de la mauvaiſe application de la Loi *ſi fundus*. *Si agitur de ſubjiciendo contractum Legibus, aut Conſuetudini alicujus loci, tunc attenditur locus, aut Conſuetudo fori, ubi verba obligatoria proferuntur, & con-*

*ractus perficitur, non autem locus deſtinatæ ſolutionis : Conſu tudo ſi quidem loci ubi negotium geritur, ita ſubintrat ipſum contractum, ut ſecundùm Leges loci intelligatur actus fuiſſe celebratus, quamvis ea de re nihil fuerit expreſſum ;* & voici l'application qu'il fait de ces principes.

*Unde licèt Jure civili redhibitoriâ in factum actione, emptor pro omnibus vitiis equi internis, & non apparentibus experiri poſſit, ſive calcitroſus ſit, hoc eſt, pedibus feriens, ſive lunaticus aut freneticus, ſive ità pvvidus ut ſemetipſum turbet & eripiat, item qui transjungi non poteſt, aut unum tantùm jugum patitur, ſive ſit retrogradus, aut habeat gallas, de quo....Specul. tit. de Reſcind. vendit.* §. *non dicendum, tamen quia de Jure Saxonico, & imprimis civitatis Magdeburgi venditor regulariter non tenetur niſi de tribus vitiis, puta quod non ſit retrogradus, neque cæcitate latente, vel inviſibili laboret, item quod non ſit ſcabioſus, ideò ſive civis, ſive forenſis in his terris ubi viget Jus prædictum equum emerit, venditor, non niſi ſuper illis tribus vitiis redhibitoriâ conveniri, vel pro inſtrumento executivo, in his locis executari poterit, quantumvis ſolutio pecuniæ Noribergam, aut alium locum Imperii, ubi Jus civile obſervatur, collata fuerit.*

J'approuve la déciſion de Colerus, mais non pas ſes principes préliminaires; & j'eſtime que, dans cette eſpece, il faudra ſuivre la Loi du contrat, parce que, s'agiſſant d'une choſe mobiliaire, & d'un marché dont le contrat & l'exécution ſe conſomme ſur le champ, l'intention des parties ne peut être autre que de ſe conformer aux Loix du lieu où ils contractent. Schotan. *Diſput. Jurid.* 8, *n.* 11, le décide ainſi, & cette déciſion reçoit un accroiſſement de vérité, ſi la vente eſt faite dans un marché public.

Il en eſt de même ſi un homme acquéroit une marchandiſe dans un lieu, & que cette marchandiſe fût taxée ſans pouvoir être vendue un plus haut prix ; car pour lors le juſte prix & le ſeul licite eſt celui fixé dans le lieu. *Barilis, de poteſtate Legis municipalis in advenas & indigenas*, §. 5, *n.* 15.

La regle que nous venons de donner, peut être appliquée à certains uſages qui font partie de la Police des lieux. Par exemple, un fermier loue des ouvriers dans certains temps, & arrête des domeſtiques. Ces gens-là ne peuvent quitter le

ſervice de ceux qui les louent, ou qui les gagent, que dans les temps uſités dans les lieux, parce que ces gens-là qui vont & viennent pour gagner leur vie, ſont préſumés s'engager & ſe louer pour le temps preſcrit par les uſages des lieux.

## *HUITIEME REGLE.*

Si les droits qui naiſſent au profit d'un des contractants, viennent, à la vérité, à l'occaſion d'un contrat valable en lui-même, & non ſujet à reſciſion, mais qu'ils naiſſent par une cauſe nouvelle, & purement accidentelle, & *ex poſt facto;* en ce cas, il faut examiner où cette cauſe nouvelle prend naiſſance, & c'eſt cette Loi qu'il faut ſuivre, quand d'ailleurs les parties n'en ont pas valablement diſpoſé autrement.

C'eſt pourquoi, pour déterminer quels ſont les intérêts qui peuvent être encourus contre un débiteur, réſultants de ſa demeure, il faudra ſuivre la Loi du lieu où le paiement devoit ſe faire, parce que c'eſt là où les intérêts prennent naiſſance. C'eſt préciſément la déciſion d'Everard, en ſon Conſ. 68, *quia ubi certus locus ſolutionis faciendæ deſtinatus eſt, tunc non factâ ſolutione in termino, & loco præfixo, mora dicitur contrahi in loco deſtinatæ ſolutionis, non in loco celebrati contractûs.*

C'eſt pareillement la déciſion de Strick. *Si lis oritur ex poſt facto, propter negligentiam & moram, conſideratur locus ubi mora contracta eſt.*

C'eſt ce qui a fait dire à M. Perchambaut, *art.* 200 de ſa petite Coutume, que ſi une obligation eſt paſſée en Bretagne, & pour y être acquittée, on pourra acquérir les intérêts au denier 18, quoique la Juſtice où ils ſont demandés, & le débiteur ſoient dans une Province où il y a d'autres Loix.

Mais, ſi l'on peut acquérir les intérêts au taux preſcrit dans le lieu où l'on s'eſt obligé de payer, on ne pourra pas y ſtipuler des intérêts plus forts ſur le fondement qu'ils ont lieu dans un autre endroit. *An idem futurum eſt, ſi maximas uſuras Capuæ permiſſæ, Lutetiæ ubi minimæ tolerantur, ſtipuler;* & Godefroy, ſur cette queſtion, répond, *non, odio uſurarum; talis enim ſtipulatio neque Lutetiæ valebit, quia ab initio, neque Capuæ, quia ex poſt facto non convaleſcit, L.* 20, *ff. de Juriſd.*

Quand, dans un prêt, on n'a déſigné aucun lieu pour

le paiement, je crois, à l'égard des intérêts qui peuvent en réſulter, qu'il faut diſtinguer : ou il y a un jour fixé pour payer, ou le prêt eſt payable à la volonté du créancier.

Au premier cas, le terme fixé interpelle le débiteur, & étant obligé, de convention tacite, d'aller trouver le créancier pour le payer, & ne pas encourir de demeure, c'eſt dans le domicile du créancier que la demeure eſt contractée, & il faut ſuivre la Loi du domicile du créancier ; & c'eſt pour ce premier cas que j'emploierois la déciſion de Hevin, ſur Frain, *tom.* 1, *pag.* 306, *ch.* 77, & l'autorité de l'Arrêt du 23 Août 1689, rendu au Parlement de Bourgogne, & dont eſt fait mention ci-après, en parlant de la conteſtation du ſieur Branvaux.

Au ſecond cas, le créancier eſt obligé d'interpeller ſon débiteur, & de lui faire connoître qu'il veut être payé. C'eſt dans le domicile du débiteur que la demeure eſt contractée, & il faut ſuivre la Loi du débiteur. Voyez les Obſervations de Dupineau, ſur Anjou, *art.* 508.

Si le débiteur qui doit être interpellé, avoit, depuis ſon engagement, changé de domicile, faudroit-il régler les intérêts ſur la Loi du domicile, au jour de l'engagement, ou ſur la Loi du domicile actuel ?

On dira, pour l'ancien domicile, que les parties, ayant contracté enſemble, elles ſont préſumées s'être tacitement ſoumiſes à la Loi du domicile ſubſiſtant pour lors, qu'un changement de domicile d'une ville, d'une Province à une autre, ne peut pas ſe prévoir.

Qu'à la vérité, la Juriſdiction eſt changée ; mais que la Loi, qui doit régir les parties, étant de convention préſumée, elle eſt immuable entr'elles.

Pour le nouveau domicile, on dira que non-ſeulement la Juriſdiction eſt changée, mais que, par l'Ordonnance de 1667, la partie devant être aſſignée en ſon domicile, & devant être, ſuivant les principes de Droit, pourſuivie en ce domicile, c'eſt véritablement dans le nouveau domicile que la demeure eſt encourue, & que les intérêts n'étant dus que *ex mora*, c'eſt la Loi où ſe fait la demeure qu'il faut obſerver ; que ce n'eſt pas le cas de préſumer une convention pour la Loi de l'ancien domicile, parce que l'on ne ſauroit raiſonnablement préſumer qu'un homme qui s'engage, n'exécutera pas fidélement & ponc-

tuellement ſon engagement ; qu'ainſi il faut prendre les choſes comme elles ſe trouvent au jour de la diligence du créancier, & du retard du débiteur, & je ſerois de ce dernier avis, ſi d'ailleurs il n'y a pas élection de domicile, & que le nouveau domicile ſoit connu du créancier.

Mais faudroit-il ſuivre cette déciſion, dans le cas où le débiteur ayant contracté dans un domicile où les intérêts courrent de droit, en vertu d'une ſimple interpellation, ce débiteur ſeroit venu demeurer dans une Coutume où il faut une demande judiciaire ?

Pour l'affirmative, on dit que le débiteur ne ſauroit, par ſon fait, rendre la condition de ſon créancier plus onéreuſe qu'elle étoit, *quia cùm ſtatim actio ex contractu naſcatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxiſſet, jus illud creditori, facto debitoris, adimi non debet.* Vinnius, *Inſt. lib. 4, tit. 6, verbo, in Judicio*, que le créancier a prêté dans l'aſſurance que, faute d'exécuter l'engagement, il ſeroit du moins indemniſé par des intérêts qui courroient de droit, du moment de l'inexécution ; qu'à la vérité, pour parvenir à faire exécuter l'engagement, il ſera obligé de ſuivre la Juriſdiction de ſon débiteur ; mais bien entendu que ſes droits n'en ſouffriront pas, & que l'on ſuivra la Loi où l'engagement s'eſt fait.

Pour la négative, on répond que la demeure & le retard ſont une cauſe nouvelle ſurvenue depuis l'engagement, & qu'il faut ſuivre la Loi où cette cauſe nouvelle prend naiſſance ; que le retard qui donne lieu aux intérêts, ſe contracte par la perſonne dans ſon nouveau domicile, & non ailleurs. C'eſt cette Loi qu'il faudra ſuivre, & *ita cenſeo.*

Il s'eſt préſenté une eſpece qui paroît devoir être décidée par cette huitieme regle.

En 1720, le ſieur Jacques Buiſſon, domicilié dans le pays de Gex, acquit du ſieur Comte de Balmon, les terres d'Allemogne, Martiguin & Cointrin, ſituées au pays de Gex, pour la ſomme de 150000 livres.

La même année, le ſieur Céſar Buiſſon, fils de Jacques, acquit d'autres fonds, qui étoient auſſi au pays de Gex.

Les droits Seigneuriaux étoient dus pour ces acquiſitions, à M. le Duc de Bourbon, & aux Princes & Princeſ-

ſes, ſes freres & ſœurs, Seigneurs engagiſtes de la Baronnie de Gex.

Le ſieur de Branvaux, auſſi domicilié dans le pays de Gex, exerçant les droits des engagiſtes, paſſa, à Paris, un acte ſous ſeing privé, avec le ſieur Buiſſon, le 6 Juin 1721, par lequel il ſe reſtreignit, pour les droits Seigneuriaux, à la ſomme de 29200 livres, payables en différents temps, en ſon domicile de Gex, avec ſoumiſſion de la part des acquéreurs, à défaut de paiement dans les temps convenus, de payer les intérêts en la maniere qui ſe trouvera permiſe.

Le ſieur Buiſſon n'ayant pas ſatisfait exactement, le ſieur Branvaux le fit aſſigner aux Requêtes du Palais, en 1727, & y obtint des Sentences par défaut, qui ordonnoient l'exécution de l'acte ſous ſeing privé.

En 1728, compte entre les Parties, ſuivant lequel le ſieur Buiſſon ne devoit plus que 15170 livres de principal, & 3475 livres d'intérêts. En conſéquence il fut paſſé un autre acte pardevant Notaires, par lequel on convint que le ſieur Buiſſon paieroit, dans un an, les 3475 liv. d'intérêts dûs, le capital dans deux, & cependant les intérêts au denier vingt, conformément à l'acte du 6 Juin 1721.

Faute de paiement, le ſieur de Branvaux fit un commandement recordé, & enſuite fit ſubhaſter; c'eſt-à-dire, fit ſaiſir réellement des terres appartenantes au ſieur Buiſſon.

Appel par le ſieur Buiſſon des Sentences des Requêtes du Palais, du commandement recordé, & de tout ce qui s'en étoit enſuivi.

Mais à l'égard de cette derniere procédure concernant le commandement & ce qui s'en étoit enſuivi, comme on l'arguoit de nullité, le ſieur de Branvaux l'abandonna, & ſe renferma à attaquer les Sentences des Requêtes du Palais.

*Moyens que le ſieur Buiſſon propoſoit contre les Sentences des Requêtes du Palais.*

1°. Ces Sentences condamnoient à payer des intérêts de ſommes exigibles, qui n'en produiſent pas de leur nature.

2°. Il y avoit, à la vérité, une convention de payer les intérêts;

intérêts ; mais quand les habitans de la Breſſe & du pays de Gex, ſeroient en droit d'exiger des intérêts en vertu d'une convention, cet uſage de Breſſe ne pourroit avoir lieu pour des actes paſſés à Paris.

*Moyens du ſieur de Branvaux.*

Le ſieur de Branvaux, au contraire, réduiſoit toute ſa défenſe à deux propoſitions. La premiere, que les habitants de la Breſſe & du pays de Gex, peuvent ſe faire payer les intérêts, au taux de l'Ordonnance, d'une ſomme exigible, quand ils l'ont ſtipulé.

La ſeconde, que c'eſt par la Loi du domicile des parties, & non par celle du lieu où l'acte eſt paſſé, qu'on devoit juger ſi les intérêts ſont dus en vertu de la convention.

Je ne ſais pas pourquoi le défenſeur du ſieur de Branvaux ne jugea pas à propos de réfuter la premiere propoſition du ſieur Buiſſon, & de faire voir que, ſuppoſé que les droits Seigneuriaux ne produiſent pas d'intérêts de droit, on pouvoit néanmoins légitimement en ſtipuler en quelqu'endroit que ce fût : il eſt vrai qu'ils ne ſont pas privilégiés ; mais ils ſont légitimes. Cette propoſition eſt vraie ; on peut voir là-deſſus, Catelan, en ſes Arrêts, *chap.* 31, *liv.* 5 ; & je vais tranſcrire une grande partie d'une Diſſertation imprimée, qui fut faite exprès, pour prouver qu'ils en produiſent, même de droit, voyez Me Charles du Molin, *Titre des fiefs, art.* 1, *Gloſſ.* 9, *n.* 19 ; j'eſtime que les moyens qui ſont allégués en cette Diſſertation, ſervent du moins à établir la légitimité de la convention, en quelqu'endroit qu'elle ſe faſſe.

» L'on ne peut douter que les lots & ventes, quints & » requints, rachats, & autres droits Seigneuriaux, empor- » tent de ſoi intérêts, à moins que d'ignorer la nature des » fiefs.

» L'on ſait que les fiefs, dans le commencement, n'étoient » autre choſe que des conceſſions faites par les Rois à ceux » qui les accompagnoient, d'une partie des terres qu'ils avoient » conquiſes ; &, à l'exemple des Rois, les grands Seigneurs » donnoient certaines dépendances de leurs terres, à ceux de » leur ſuite qui s'étoient ſignalés, à la charge qu'ils ſeroient » tenus, en reconnoiſſance de cette libéralité, de les accom-

» pagner & assister, comme eux étoient obligés de suivre &
» accompagner le Roy en toutes les expéditions militaires.

» Ces terres ainsi concédées, s'appelloient, au commence-
» ment, bénéfices, parce que l'on n'en avoit que l'usufruit,
» comme nous voyons en plusieurs endroits des Capitulaires
» de Charlemagne; mais bientôt après, & sous le même Prince,
» le mot de fief fut en usage pour signifier la même nature de
» biens, tellement que l'on usoit confusément de ces termes,
» *beneficium & feudum;* & comme le temps apporte change-
» ment à toutes choses; dans le déclin de la seconde Race,
» & sous Charles le Simple, ces terres & domaines, qui n'é-
» toient qu'un usufruit, devinrent héréditaires, & passerent
» dans les familles, comme le patrimoine de ceux qui en
» avoient été investis, & l'on commença de les charger de
» droits & redevances honorables, & tout ensemble utiles &
» profitables aux Seigneurs, qui se contenterent d'être avoués
» & reconnus, & de recevoir l'hommage & le serment de fidé-
» lité; c'est pour l'honneur.

» Et quant au profit, ils imposerent d'abord à leurs vassaux,
» de ne pouvoir vendre & aliéner les fiefs sans leur consen-
» tement, sur peine de commise; d'où vient le droit de re-
» tenue féodale, quand ils n'approuvent pas les ventes.

» Et depuis, les Seigneurs ayant trouvé bon de laisser les
» fiefs dans le commerce ordinaire, comme les autres biens,
» ils ont voulu, non-seulement qu'aux acquisitions qui se fe-
» roient, mais encore aux mutations qui arriveroient, pour
» marque que la Seigneurie directe résidoit toujours en leurs
» personnes, les vassaux prissent d'eux l'investiture; pourquoi
» ils paieroient un droit appellé rachat, aux simples mutations,
» & les quints & requints, aux ventes, comme s'ils rache-
» toient, du Seigneur, le fief par eux acquis. En quoi il
» est certain que ces droits-là ne different en rien du prix
» d'une véritable vente, dont ils retiennent encore aujour-
» d'hui le nom de rachat, de lots & ventes, de quints &
» requints, d'un prix qui, de sa nature, porte intérêt; car
» le prix des terres, des Offices, & autres choses qui rendent
» des fruits, produit de soi des intérêts, d'autant que le prix
» représente le fonds, & l'intérêt tient lieu de fruits, l'un
» suit naturellement l'autre.

» Avant que le Seigneur se détermine à recevoir le quint

» & requint de la vente faite par ſon vaſſal, il eſt en état de » retenir, par puiſſance de fief, le domaine qu'il a aliéné; & » lorſqu'en touchant cette portion de la vente, il donne l'in- » veſtiture au vaſſal, il eſt réputé co-vendeur, à cet égard, » avec celui dont ledit vaſſal a acquis, & il n'y a raiſon quel- » conque d'adjuger à l'un les intérêts du prix de la vente, & » de ne les pas adjuger à l'autre.

» D'autant plus que le prix n'eſt conſidéré, à l'égard du » premier vendeur, que comme une dette qui eſt, à la vérité, » privilégiée, & c'eſt pour cela qu'elle porte intérêts; mais à » l'égard du Seigneur, c'eſt un droit qui eſt encore plus pri- » vilégié, & plus diſpoſé à produire des intérêts, parce que » ce droit-là fait partie du fonds qui rend des fruits; & ſui- » vant la Coutume, c'eſt le fonds même, puiſqu'elle porte, en » l'*art.* 24, que le Seigneur, pour le paiement de ſes droits, » ſe peut prendre au fonds, de maniere que les droits du Sei- » gneur ſont réels, & étant de la nature du fonds, il eſt impoſ- » ſible que, comme l'un rend des fruits, l'autre ne produiſe » des intérêts.

» C'eſt par cette raiſon que dans un contrat de vente, quoi- » qu'il ne ſoit fait aucune mention des droits Seigneuriaux, » de lots & ventes, de quints & requints, ils ne laiſſent pas » d'être dus par l'acquéreur, lequel, en s'obligeant de payer le » prix au vendeur, s'oblige auſſi tacitement envers le Sei- » gneur, de lui payer celui qui lui eſt dû, parce que la choſe » qu'il acquiert, n'eſt pas moins à l'un qu'à l'autre, & l'acqué- » reur les doit ſatisfaire tous deux, autant pour le principal » que pour les intérêts.

» Il y a des exemples en Droit, qui conviennent aſſez à ce » ſujet, comme en la Loi *ſed ſi damnum ff. de peculio;* c'eſt » à l'égard d'un ſerf & de ſon Seigneur. L'on peut fort » bien comparer le vaſſal au ſerf, parce qu'il ne tient le fief » que pour ſervir ſon Seigneur.

» Le ſerf poſſédoit une eſpece de bénéfice, appellé péculle, » comme le vaſſal fait le fief, qui eſt auſſi appellé bénéfice; » quelque vente & aliénation que fît le ſerf, quelque muta- » tion qui arrivât dans le pécule, quoiqu'on ne fît aucune men- » tion du Seigneur, ſon droit lui eſt conſervé tout entier, » *peculium ſemper intelligitur, deducto eo quod domino debetur,* » *quia præveniſſe videtur dominus.*

» Auſſi, quand un fief ſe vend & ſe décrete, la vente n'eſt » jamais entendue, ſinon déduction faite des droits du Sei- » gneur; & l'oppoſition qu'il forme pour ſes droits, eſt auſſi » entendue de tous ſes droits, auſſi-bien pour les principaux » que pour les intérêts, pour leſquels *prævenisse dominus* » *semper intelligitur.* «

Cette diſſertation prouve du moins qu'on peut ſtipuler des intérêts des Droits Seigneuriaux; mais mettons à part cette queſtion, & ſuppoſons que la créance fût d'une ſomme mobiliaire ordinaire, & ſans prérogative; la ſtipulation d'intérêts étoit-elle valable dans l'eſpece du ſieur Buiſſon?

La premiere propoſition du ſieur de Branvaux, au ſujet des intérêts qui ont lieu, ſuivant les uſages de Breſſe, Bugey, Valromey & Gex, eſt inconteſtable; elle s'établit par ceux qui ont traité des uſages de ces Provinces.

On peut conſulter là-deſſus Collet & Revel, mais principalement ce dernier, *pag.* 147, de l'édition de 1729, où il ſe trouve un Arrêt du Conſeil, du 29 Mars 1642, portant permiſſion à tous les ſujets du pays de Breſſe & de Bugey de ſtipuler entre majeurs, des intérêts au taux de l'Ordonnance, aux obligations des prêts, ſans qu'ils puiſſent être imputés au ſort principal, ni qu'ils puiſſent être convertis en rentes conſtituées: V. les Lettres-Patentes adreſſées au Parlement de Dijon pour enrégiſtrer ledit Arrêt en date du même jour, & l'Arrêt d'enrégiſtrement, du 30 Janvier 1643, le tout enrégiſtré au ſiege de Bugey, le 19 Décembre ſuivant.

Enfin c'eſt l'avis du P. Ribardeau, qui adopte le tout par pluſieurs conſidérations. La premiere, que c'eſt une eſpece de ſacrilege de blâmer les Jugements du Prince; la ſeconde, que cette permiſſion tient lieu aux créanciers, en acquérant ces intérêts d'une ſtipulation de cens, ou rente rachetable & amortiſſable au choix, tant du créancier, que du débiteur, lequel cens eſt de ſa nature juſte & licite. Ce Caſuiſte ajoute que la Bulle de Pie V, qui veut que ces ſortes de rentes ne ſoient rachetables qu'à la volonté des débiteurs, n'a de force & vigueur qu'ès terres du Domaine temporel de la ſainte Egliſe Romaine, & autres Royaumes, en tant que les Souverains en adopteront la diſpoſition.

Enfin, pour la troiſieme conſidération, il finit en diſant que les créanciers, en ce cas, ne prétendent faire un pur prêt;

mais ſe déſintéreſſer de la perte qu'ils font du profit qu'ils feroient. Tel eſt l'avis de ce Jéſuite; mais ces ſortes de contrats à intérêts, qui ſont rachetables à la volonté du créancier & du débiteur, ont fait la matiere, il y a quelques années, de différentes conteſtations qui ſe ſont élevées en Hollande, & il y a eu différents écrits de l'illuſtre M. Petitpied & autres qui les ont proſcrits, comme défendus par la Loi de Dieu.

Auſſi Revel, bien différent en cela de Collet, ne paroît pas être fort perſuadé qu'avec l'Arrêt du Conſeil, & tout ce qui l'accompagne, les conſciences ſoient en ſûreté.

En effet, les Princes ſont les maîtres de faire des Loix dans leurs Etats pour régler le commerce. Ils ont droit de fixer comment le retard & la demeure peuvent s'encourir par un débiteur; ſi, de plein droit, ſi, par une ſimple interpellation, ſi, par une demande judiciaire; ils ont droit de fixer le taux de ces intérêts; mais ils n'en font pas contre les Loix Divines, & contre l'eſſence du prêt qui eſt d'être gratuit, *Imperator iſta Jura Divina non poteſt tollere, quia in omni actu requiruntur duo, voluntas & potentia.... Inferior non poteſt tollere Legem ſuperioris. Mol. C. de Uſur. tit.* 32. Nos Loix de France ſont très-pures à cet égard; & ſuivant Me Charles du Molin, *Tit.* des Fiefs, *gl.* 9, *n.* 19; *etiam Summi Pontificis autoritas non poteſt facere quin uſura ſit uſura*; & il y a lieu de s'étonner du prétendu Arrêt de 1642.

On peut voir encore, dans la diſſertation dix-ſeptieme de mes Queſtions mixtes, les différentes Juriſprudences des Parlements du Royaume, au ſujet des intérêts engendrés par le retard. Ainſi nous paſſerons à la ſeconde propoſition du ſieur de Branvaux, qui conſiſte à dire qu'en cas de ſtipulation d'intérêts pour une ſomme exigible, ce n'eſt pas la Loi du lieu où l'acte s'eſt paſſé, mais celle du domicile des parties dont dépend la validité de la ſtipulation.

Le défenſeur du ſieur de Branvaux établiſſoit cette propoſition par les moyens ſuivants.

Que, pour connoître ſi des conventions peuvent être valables, il faut diſtinguer entre les Loix réelles, & celles qui ſont perſonnelles.

Que, dans le cas d'un droit purement perſonnel, il doit dépendre de la Loi du domicile des parties, à l'exemple de

la majorité ou minorité & des conventions matrimoniales qui ſe reglent, non par les Loix du lieu où le mariage ſe célebre, mais par celles du domicile des parties.

Que la faculté de ſe faire payer en conſéquence de la convention, des intérêts d'une ſomme qui reſte exigible, eſt une Loi purement perſonnelle, attendu qu'elle habilite la perſonne à faire certaines conventions.

Ainſi, un habitant de la Breſſe porte par-tout avec lui ce droit de pure faculté qui eſt abſolument perſonnel, & il peut en quelqu'endroit que ce ſoit, ſtipuler des intérêts en vertu de la Loi de ſon domicile; l'empire de la Loi du lieu où l'acte eſt paſſé, eſt renfermé, en matiere de droits perſonnels, dans les perſonnes qui, par leur domicile, ſont ſoumis à cette Loi; elle ne s'étend pas ſur les perſonnes que leur domicile ne lui a pas ſoumiſes.

Qu'il y avoit d'autant moins lieu de conteſter les intérêts en queſtion, que cette créance a pris ſon origine dans le pays de Gex pour des Droits Seigneuriaux dûs à cauſe de l'acquiſition de fonds, faite en ce pays-là.

Que la Loi du domicile du débiteur ſe réuniſſoit à celle du domicile du créancier pour la validité de la ſtipulation d'intérêts.

Enfin, que l'uſage du Parlement de Bourgogne, où l'affaire auroit été décidée, ſi elle n'avoit pas été portée aux Requêtes du Palais du Parlement de Paris, eſt de juger de la validité d'une ſtipulation d'intérêts par le domicile des parties. Cet uſage eſt atteſté par l'Auteur des Obſervations, ſur les Arrêts notables du Parlement de Dijon. Il cite un Arrêt du 23 Août 1679, que je crois être le même que celui daté du 23 Août 1689, par M. le P. Bouhier, en ſa Coutume, *ch.* 21, *n.* 194, par lequel on a jugé que les intérêts d'une obligation exigible, étoient dus au créancier qui avoit ſon domicile dans la Breſſe, quoique l'obligation eût été paſſée par-devant Notaires à Mâcon où la ſtipulation d'intérêts, pour une ſomme exigible, n'eſt pas permiſe.

Je ne ſais pas quel a été le ſort de cette conteſtation; mais en mettant à part le moyen qui, ſelon moi, eſt déciſif, & que le ſieur de Branvaux n'employa pas, qui eſt que les lods & ventes, quints & requints peuvent, par la ſtipulation, produire des intérêts, je déciderois encore pour le ſieur de Branvaux par les moyens ſuivants.

Le ſieur Buiſſon, domicilié dans le pays de Gex, s'étoit obligé de payer au ſieur de Branvaux, en ſon domicile, dans le même pays, les ſommes en queſtion : les parties avoient ſtipulé qu'à défaut de paiement, dans les temps convenus de la part du ſieur Buiſſon, il paieroit les intérêts en la maniere qui ſe trouvera permiſe.

Ainſi, l'on n'avoit prétendu les payer, ni les exiger qu'autant que les Loix autoriſeroient ces intérêts.

Mais étoit-ce la Loi de Paris où la ſtipulation avoit été faite qu'il falloit ſuivre ? Etoit-ce celle de la Province de Gex où le paiement devoit être fait ? Voilà où la conteſtation devoit conduire.

Je ne conſidere point, comme l'on voit, la Loi de Gex, comme Loi du domicile, parce qu'effectivement, indépendamment de tout domicile, dès que le paiement avoit été ſtipulé à Gex, que c'étoit là que le retard & la demeure étoient encourues, c'étoit là auſſi qu'il falloit s'arrêter pour décider ſi les intérêts étoient dus, ou non, parce qu'il ne s'agit pas ici de droits qui naiſſent *ex natura & tempore contractûs ;* mais il s'agit d'intérêts qui naiſſent par une cauſe nouvelle, purement accidentelle, & *ex poſt facto*, & réſultants de la demeure encourue à Gex. C'étoit donc, ſelon tous nos Auteurs, cette Loi qu'il falloit conſidérer.

Mon ſyſtême n'eſt donc pas de dire que la faculté de ſtipuler des intérêts, eſt une Loi purement perſonnelle, attendu qu'elle habilite la perſonne à faire certaines conventions, car je m'embarraſſerois moi-même.

En effet, ſi je prends ce plan, on ne manquera pas de m'oppoſer qu'il faudroit conſidérer le domicile des deux parties, de celui qui exige, & de celui qui s'oblige ; car l'habilité doit être réciproque dans le promettant & dans l'acceptant, & je ne vois pas que nos Auteurs aient raiſonné ſelon ce ſyſtême.

Il faut donc préſuppoſer que les deux perſonnes ſont habiles de part & d'autre à contracter ; mais certaines conventions ne ſont pas autoriſées par-tout, & dans cette hypotheſe, quand il n'y a pas de lieu marqué pour le paiement, on agite qu'elle eſt la Loi qui décide de la légitimité d'une convention : eſt-ce la Loi où la convention a été faite ? Eſt-ce la Loi du domicile du créancier, ou celle du débiteur ? & de cette maniere, on diſcute ces ſortes de queſtions, comme les ont diſ-

cutées nos Auteurs, & on rentre dans les principes qui peuvent conduire à la ſolution.

M. Perchambaut, en ſon Inſtitution au Droit François, *tit.* des Coutumes, *art.* 564; & avant lui, M. Pierre Hevin, en ſes Obſervations ſur les intérêts, *n.* 31, ont néanmoins décidé pour la Loi du contrat; mais M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 199, n'approuve pas cette déciſion.

Ce que nous venons de dire regarde les droits qui naiſſent au profit du créancier contre le débiteur, réſultants de l'inexécution des contrats.

Mais que dirons-nous, par rapport aux exceptions qui peuvent réſulter de la même inexécution, au profit des débiteurs contre les créanciers, telle qu'eſt la preſcription?

Nous avons, dans l'Obſervation 20, parlé de la preſcription pour le cas où l'exécution des contrats n'eſt déterminée à aucun lieu, & nous avons dit que, dans ce cas, il falloit ſuivre la Loi du domicile du débiteur.

Mais en eſt-il de même quand le paiement eſt fixé dans un lieu? Nos Auteurs décident indéfiniment qu'il faut ſuivre la Loi où le paiement doit être fait. C'eſt l'avis d'Everard, en ſon Conſ. 78. *Aut quærimus quis locus inſpiciatur, quoad extinctionem actionis, propter preſcriptionem ſtatutariam vigentem in uno loco, & non in alio ubi Statuta locorum ſunt diverſa, & certum eſt quod inſpicitur locus diſtinctæ ſolutionis: ita expreſsè determinat* Barthol. *Angelus, & DD. in L.* 1, *de Uſuris.* C'eſt pareillement l'avis de Chriſtinæus, *vol.* 1, *deciſ.* 283, *n.* 12; *Quoad ea quæ ex celebrato contractu veniunt facienda, inſpicitur Conſuetudo loci ubi ea debent fieri, puta, tradi, ſolvi... ſic inſpicitur Statutum loci deſtinatæ ſolutionis, ſi agatur de extinctione actionis per preſcriptionem ſtatutariam vigentem in uno loco & non alio*, ce qu'il rejette d'après Everard. Voyez Dupineau, en ſes Obſervations, *art.* 508.

C'eſt encore la déciſion de Burgundus, *tract.* 4, *n.* 27; *idem de ſolutionibus dicendum, ſcilicèt ut in omnibus quæ ex ea ſunt, aut indè oriuntur, aut circà illam conſiſtunt, aut aliquo modo affinia ſunt, Conſuetudinem loci ſpectemus, ubi eamdem implere convenit; affinia ſolutionis ſunt, præſcriptio, oblatio rei debitæ, &c. n.* 28. *Ea vero quæ ad complementum vel executionem contractûs ſpectent, vel abſoluto eo, ſuperveniunt, ſolere à Statuto loci dirigi, in quo peragenda eſt ſolutio, n.* 29.

*NEUVIEME*

## *NEUVIEME REGLE.*

Quand les parties ont contracté enſemble, & que les conteſtations qui naiſſent de leur contrat, ſont évoquées ou portées dans un Tribunal étranger, il faut juger comme on jugeroit dans le Tribunal naturel des conteſtations.

C'eſt la diſpoſition de l'Ordonnance des Evocations, *artic. 46*, & le Parlement de Paris vient de rendre un Arrêt conforme.

Au Parlement de Paris, le créancier d'une rente conſtituée par un particulier titulaire d'un office, eſt en droit de ſe faire rembourſer en formant oppoſition au ſceau, ſi le titulaire vend ſon office. La raiſon de cette Juriſprudence eſt que le ſceau produit le même effet que le décret : d'ailleurs il y a les faits de charge à craindre ; & l'on peut n'avoir pas la même confiance pour le nouveau titulaire que pour l'ancien.

Au contraire, en Bretagne, on conſidere que le nouveau titulaire ſe chargeant de la rente, le créancier a le même effet pour ſûreté ; il reſte dans le même état, & le nouveau titulaire n'eſt pas obligé de rembourſer.

Cette queſtion ayant été portée aux Requêtes du Palais de Paris, & depuis par appel au Parlement entre deux Bretons, dont l'un avoit vendu ſon office de Conſeiller au Parlement de Bretagne, & l'autre l'avoit acheté, la queſtion, après un acte de notoriété, fut jugée conformément à la Juriſprudence du Parlement de Bretagne, par Arrêt du 22 Avril 1738, en la Grand-Chambre, au rapport de M. de Lorenchet, Conſeiller. Cet Arrêt eſt rapporté ès Arrêts de M. de la Combe.

## *DIXIEME REGLE.*

Quand il s'agit de l'interprétation des clauſes exprimées dans un contrat ou dans un teſtament, ce ſont ordinairement les circonſtances qui en décident.

En effet il ſe trouve quelquefois des clauſes ou diſpoſitions dans les contrats ou dans des teſtaments, qui, pour n'être pas ſuffiſamment développées, laiſſent dans l'incertitude de ſavoir ſi on les entendra, ſelon la Loi où les actes ont été paſſés, ou ſelon la Loi où les biens ſont ſitués, ou ſelon le domicile

de l'un ou de l'autre des contractants, ou enfin ſelon quelqu'autre Loi.

L'exemple que nos Auteurs apportent plus communément ſur cette maxime, eſt celui du douaire.

Les deux célebres Avocats, M Mᵉ Berroyer & de Laurriere qui ont fait des Notes ſur Dupleſſis, agitent cette queſtion *in terminis ;* & comme ils ont pris parti pour la Loi du lieu du contrat, & que j'ai pluſieurs réflexions à faire, tant ſur leur avis que ſur leurs preuves, j'ai cru devoir tranſcrire ici ce qu'ils ont dit au *tit. des Droits incorporels*, *pag.* 151, de l'édition de 1709 ſur la fin : » comme il peut y avoir, diſent-» ils, des clauſes difficiles & ambiguës, dans leſquelles on a » peine à trouver la véritable intention des parties, la maxime » eſt qu'il faut ſuivre la maxime des lieux où le contrat a été » paſſé, pour l'intelligence & l'interprétation de la *Cou-*» *tume ;* « je ne ſais s'il ne faut pas lire *convention*, au lieu de *Coutume.*

» C'eſt la diſpoſition du Droit civil, en la Loi 6, ff. *de evict.* » de la Loi 1, *de uſuris ;* & de la Loi *ſemper* 34, *de reg. Jur.* » dont voici les termes : *ſemper in ſtipulationibus, & in cæ-*» *teris contractibus id ſequimur quod actum eſt, & ſi non pareat* » *quod actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in re-*» *gione in qua actum eſt, frequentatur.*

» Cette maxime eſt ſuivie dans notre pays coutumier, quand » il s'agit d'expliquer, ou d'exécuter les clauſes d'un contrat » de mariage, leſquelles ſont ambiguës, ou ne marquent pas » aſſez quelle a été l'intention des parties, on a recours auſſi-» tôt à la Coutume du lieu où le contrat de mariage a été » paſſé. Nous avons une infinité d'Arrêts qui ont établi cette » Juriſprudence : en voici quelques-uns dans l'eſpece du » douaire préfix & ſans retour. La Coutume de Montargis » l'établit viager. Cela poſé, un particulier qui avoit ſon do-» micile à Montargis, va demeurer à Sens ; là il paſſe un con-» trat de mariage, par lequel il doue ſa future épouſe d'un » douaire préfix de 500 liv. pour une fois payer. Après la cé-» lébration du mariage il retourne, avec ſa femme à Mon-» targis, où il avoit ſon domicile, & où étoit toute ſa famille. » Ce particulier décede à Montargis ſans laiſſer aucuns en-» fants ; la veuve eſt payée de ſon douaire, après ſon decès. » Queſtion de ſavoir ſi ſon douaire eſt viager, ſuivant la

» Coutume de Montargis, ou ſans retour, ſuivant celle de » Sens.

» Arrêt du 18 Mai 1629, confirmatif de la Sentence des » Requêtes du Palais, par lequel il a été jugé qu'il falloit ſuivre » la Coutume de Sens, où le contrat de mariage avoit été » paſſé, & qu'ainſi le douaire étoit ſans retour. Dufreſne, » *tom.* 1, *liv.* 2, *chap.* 46. Par la diſpoſition de la Coutume » de Paris, la femme douée de douaire préfix, ne peut choiſir » le douaire coutumier, s'il ne lui eſt permis par le contrat » de mariage. Par la diſpoſition de la Coutume de Meaux, au » contraire, elle le peut, quoiqu'il n'en ſoit fait aucune men- » tion, ni ſtipulation dans ſon contrat de mariage. Cela poſé, » deux perſonnes contractent mariage à Paris; l'un accorde » un douaire préfix à la femme, ſans néanmoins lui donner » le pouvoir d'opter l'une ou l'autre Coutume. Queſtion de » ſavoir ſi, prenant en la Coutume de Paris le douaire préfix, » comme elle y eſt obligée, elle pourra encore prendre le cou- » tumier dans celle de Meaux.

» Arrêt du 21 Juillet 1500, donné entre la veuve & les hé- » ritiers de M. Pierre l'Orphevre, M^e des Comptes, par le- » quel il a été jugé que la veuve ne pourroit prétendre d'autre » douaire que le préfix, tant ſur les biens aſſis à Paris, que » dans les autres Provinces. Charondas, *en ſes Réponſes de* » *Droit*, *liv.* 3, *ch.* 78.

» La Coutume de Chauny eſt ſemblable à celle de Meaux; » c'eſt-à-dire, que la femme, douée de douaire préfix, a la » liberté d'opter le douaire coutumier, quoiqu'il n'en ſoit fait » aucune mention dans le contrat de mariage. Cela poſé, le » Marquis de Neſle, qui avoit ſon domicile au Marquiſat » de Neſle, dans la Coutume de Chauny, paſſe ſon contrat » de mariage à Paris, par lequel il doue ſa future épouſe de » 3000 liv. de rente de douaire préfix, ſtipulé propre aux en- » fants, ſuivant la Coutume de Paris, à laquelle les Parties » ſe ſoumettent. Après le décès du Marquis de Neſle, la » veuve voulut opter le Coutumier, pour jouir de la moitié de » la terre de Neſle, conformément à la Coutume de Chauny; » ſes héritiers prétendent le contraire.

» Arrêt du 10 Mars 1653, plaidants Montholon & Gautier, » par lequel la veuve a été déboutée de ſa demande, & ce,

» contre les concluſions de M. Talon. Dufreſne, *tom.* 1, » *liv.* 7, *ch.* 20.

» C'eſt donc une maxime indubitable que, quand il s'agit » de l'exécution, ou de l'interprétation d'un contrat, il faut » avoir recours à la Coutume du lieu où il a été paſſé; & par » conſéquent, quand il faut expliquer, ou, pour mieux dire, » exécuter une clauſe du côté eſtoc & ligne, appoſée dans un » contrat de mariage, il faut néceſſairement ſuivre la diſpo- » ſition de la Coutume, dans l'étendue de laquelle le contrat » a été paſſé.

» En effet, cela a été jugé, *in terminis*, par un Arrêt rendu » le 17 Décembre 1655, de relevée, donné ſur les conclu- » ſions de M. Talon. En la Coutume de Melun, une femme » apporte 800 liv. en mariage, & ſtipule qu'ils ſeront em- » ployés en héritages, propres à elle & aux ſiens, de ſon côté » & ligne; elle décede & laiſſe un enfant, qui décede peu de » temps après; ſes oncles maternels prétendent cette ſomme » de 800 livres, comme propre maternel; le pere le prétend » comme héritier des meubles & acquêts, d'autant qu'en la » Coutume de Melun, il faut être deſcendu de l'acquéreur, » pour ſuccéder à un propre, & qu'au défaut d'héritiers des » propres, il appartient à l'héritier des acquêts. Par cet Arrêt, » cette ſomme a été adjugée au pere. Dufreſne, *tom.* 1, *liv.* 8, » *ch.* 26. «

Voici préſentement quelles ſont mes réflexions ſur ce que je viens de tranſcrire.

Je trouve d'abord que la déciſion de nos deux Conſultants eſt trop générale: je ne crois pas qu'il faille ſuivre comme une maxime en toutes ſortes de cas, que quand il s'agit de l'interprétation d'un contrat, l'on doive auſſi-tôt avoir recours à la Coutume du lieu où il a été paſſé, comme je vais le prouver dans un moment; & c'eſt contre une déciſion auſſi générale que ſe récrie Burgundus, comme nous l'avons remarqué ci-devant.

Ces deux Conſultants tirent toutes leurs preuves de quelques Arrêts qui ne ſont pas concluants.

En effet, par rapport à l'Arrêt de 1629, que les uns datent du 18 Mai 1629, & les autres du 28 Mai 1633, j'ai obſervé, dans ma queſtion 6, *des démiſſions de biens*, imprimé en 1727,

*pag.* 158, qu'à bien conſidérer la clauſe du douaire, qui faiſoit l'objet de la conteſtation, elle ne pouvoit former un combat entre la Coutume de Sens, où le contrat de mariage avoit été paſſé, & la Coutume de Montargis, où le mari avoit ſon domicile au jour de ſon mariage, & où il étoit venu demeurer depuis, parce que l'une & l'autre permettent également de ſtipuler un douaire ſans retour, n'y ayant point d'enfants, & que le douaire ayant été ſtipulé à une fois payer, ces termes pouvoient marquer une volonté, dans les Parties, de le faire ſans retour; enſorte qu'il n'a été nullement queſtion de décider le point de Droit, ni de donner de préférence à la Coutume du lieu du contrat, ſur la Coutume du domicile du mari; mais ſimplement d'interpréter ces termes, *à une fois payer*, que l'on a jugé emporter un douaire ſans retour.

J'ajoute encore que ſi le mari étoit domicilié à Sens au jour de ſon mariage, comme l'obſervent les Annotateurs, contre ce que dit l'Arrêtiſte, & le contrat de mariage y ayant été paſſé, la Coutume de Montargis, où le futur étoit venu demeurer, ne pouvoit pas même former un concours avec la Coutume de Sens.

L'Arrêt du 21 Juillet 1500, juge ſeulement qu'une veuve mariée à Paris avec un douaire préfix, ne pouvoit pas prétendre, tout à la fois, & le douaire préfix à Paris, & le douaire coutumier à Meaux, comme le vouloit la veuve, qui n'optoit pas l'un ou l'autre; mais qui les prétendoit tous les deux, ce qui ne juge qu'une eſpece particuliere.

L'Arrêt du 10 Mars 1653, eſt rendu dans des circonſtances fort ſingulieres.

Premiérement, c'étoit une femme de baſſe extraction, avec laquelle le Marquis de Neſle avoit vécu en débauche, qu'il avoit épouſée en ſecondes noces, & il y avoit des enfants d'un premier lit.

2°. Il paroît, par ſon contrat de mariage, qu'elle avoit été excluſe de la communauté, & réduite, pour tout avantage, au douaire convenu.

3°. Les Parties s'étoient expreſſément ſoumiſes à la Coutume de Paris.

L'Arrêt du 17 Décembre 1665, ne prouve encore rien, parce qu'il n'eſt point dit, dans l'eſpece rapportée par les Journaliſtes, que les Parties fuſſent domiciliées hors la Cou-

tume de Melun, où le contrat de mariage avoit été probablement passé ; ainsi il n'y avoit pas concours de différentes Coutumes.

Je trouve dans M. Bouguier, *lettre D. ch. 16, pag. 99 & 100*, que, par Arrêt du 5 Mai 1602, on jugea que le douaire préfix, stipulé en forme de rente, par un contrat passé à Paris, par un particulier qui y étoit domicilié, étoit propre conformément à la Coutume de Paris, encore que par l'événement il fût à prendre sur des terres situées en Bourbonnois, où le douaire préfix est réputé viager. Ainsi il y avoit concours entre la Loi du contrat & la Loi de la situation ; mais la Loi du contrat étoit encore la Loi du domicile du mari, & d'ailleurs, celle de la situation ne paroissoit pas devoir influer beaucoup sur la décision, puisqu'il n'étoit question que d'une hypotheque sur les biens de Bourbonnois, qui n'est pas négative d'un douaire préfix en propriété. Voyez ce que j'ai dit, *Observ. 37*, sur le douaire : au surplus, par rapport aux contrats de mariage, les différentes circonstances & la nature des clauses, font quelquefois pencher pour la Loi du contrat ; mais il ne faut pas en faire une regle générale pour tous les autres contrats.

Je saisirai, avec plaisir, cette occasion de rendre hommage à la mémoire de feu M. Berroyer, que je connoissois particuliérement. Je ne parlerai point de cette érudition qui lui donnoit un si haut rang parmi les Consultants ; nous avons de lui plusieurs Ouvrages, que le public recherchera toujours avec empressement ; je veux le louer par les mœurs : c'étoit un homme de probité, & d'une candeur à toute épreuve ; doux sans foiblesse, affable sans flatterie, modeste sans bassesse, religieux sans affectation, mortifié sans ostentation ; que n'en pourrois-je pas dire ? Je n'ai jamais su celle de toutes les vertus qui pouvoit lui manquer. Bon mari, bon pere, bon parent, bon ami & bon citoyen, &, pour tout dire, bon Chrétien. Il a laissé un fils, Conseiller en la Cour des Aides, & il a eu deux filles, la premiere, mariée à M^e Louvel des Bois ; & la seconde à M^e Moufle, tous deux Avocats au Parlement, & qui ont des enfants. Il est bon que la génération de l'homme juste soit connue, puisque Dieu a promis de la bénir.

Pour revenir à notre question sur l'interprétation des contrats ou des testaments, j'estime que la seule regle que l'on

puiſſe preſcrire, eſt celle de ſe déterminer par les différentes circonſtances ; & ces différentes circonſtances vous entraînent tantôt pour la Loi du contrat, tantôt pour celle de la ſituation, quelquefois pour celle du domicile, & quelquefois encore pour celle ou le paiement doit ſe faire : c'eſt pourquoi je ne trouve rien de plus raiſonnable que ce que Me Charles du Molin nous a donné, par rapport à ce, au Cod. *de ſumm. Trinit. verbo conclu. de Statut.* & il ſeroit à ſouhaiter que ce qu'il nous a donné ſur les Statuts, fût auſſi détaillé, auſſi clair & auſſi ſolide que cette portion.

Ce grand homme, qui ne ſe payoit pas de mauvaiſes raiſons, & qui ne ſe laiſſoit pas entraîner par la foule, fronde avec courage ceux qui, s'appuyant ſur la Loi *ſi fundus*, *ff. de evict.* ont tout donné à la Loi du contrat, *quia putant ruditer & indiſtinctè quod debeat ibi inſpici locus, & Conſuetudo ubi ſit contractus. Quod eſt falſum ; quin imò Jus eſt in tacita, & veriſimili mente contrahentium ;* & voici ſon ſyſtême qui eſt bien différent de celui de Barthole. Ce dernier ſe laiſſe emporter par l'autorité de la Loi du contrat ; mais Me Charles du Molin : qui joignoit à un eſprit rare & pénétrant, des études continuelles, *& magnam fori trituram*, penſe bien autrement, *aut Statutum loquitur de his quæ meritum ſcilicet cauſæ vel deciſionem concernunt, & tunc aut in his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt, & tunc inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis.*

En effet ſe perſuadera-t-on jamais que, parce qu'un homme aura, ou contracté, ou teſté, ſouvent par haſard dans un lieu, il ait, pour cela ſeul voulu dès-lors ſoumettre l'interprétation de ſes volontés aux Loix de ce lieu ? & cette circonſtance que le contrat a été paſſé dans un lieu, toute conſidérable qu'elle eſt, prévaudra-t-elle à d'autres qui peuvent paſſer pour ſupérieures.

Un homme eſt domicilié dans un lieu, il ſe marie dans un autre ſans contrat ; interrogeons cet homme ſur le choix des Loix qu'il a prétendu faire pour lors ; cet homme vous répondra qu'ayant un domicile certain, que devant demeurer avec ſa femme dans ce domicile, qu'ayant intention de vivre & de finir ſes jours dans ce lieu, ce ſont ſur les Loix de ce domicile qu'il a prétendu ſe régler & fixer ſes droits & ceux de ſa femme. Voilà donc un cas où, par préférence à la Loi où le ma-

riage a été célébré, il faut ſe déterminer pour la Loi du domicile.

Deux perſonnes de différentes Provinces, où le taux des rentes eſt différent, ſe trouvent dans un même lieu; l'un prête à l'autre une ſomme, & celui-ci fait un billet portant promeſſe de paſſer un contrat de conſtitution, & cependant l'intérêt.

Dans cette eſpece, où les parties ont laiſſé le taux indécis, on peut propoſer pluſieurs partis: le premier ſeroit de ſe déterminer pour le moindre taux, parce qu'il faut toujours pencher pour la libération de la charge la plus onéreuſe.

D'autres au contraire eſtimeront qu'il faudroit ſuivre la Loi de celui qui prête, qui eſt préſumé faire la Loi au débiteur, lorſqu'il lui prête ſes deniers. C'eſt l'avis de M. le P. Bouhier, *ch.* 21, *n.* 195.

D'autres ſe renfermeront dans ma ſixieme regle; la promeſſe de paſſer contrat de conſtitution, emporte aliénation du principal. L'aliénation autoriſe à ſtipuler des intérêts, ils naiſſent *ex natura & tempore contractûs*, & par conſéquent ils ſont dûs ſuivant la Loi du lieu du contrat.

Pour moi, ſans m'écarter de la regle ſixieme, qui ne concerne que les conventions préciſes & non ſujettes à interprétation, je ne croirois pas, dans l'eſpece propoſée, que des non-domiciliés, qui contractent par haſard dans un lieu, & qui ſtipulent des intérêts vaguement, aient en vue ceux du lieu où ils contractent; celui qui s'oblige aux intérêts, me paroît au contraire n'enviſager que ceux qu'il connoît, & par conſéquent ceux du lieu où il demeure. Le créancier pouvoit faire la Loi, en ſe conformant à celle de ſon domicile propre; mais ne l'ayant pas faite, le débiteur me paroît réclamer valablement les Loix de ſon domicile, & le créancier n'a pas de raiſon pour le recuſer. Voyez le premier cas de conſcience de la ſection ſixieme de la troiſieme partie des Cas propoſés par M. Roger André de la Paluelle, imprimé à Caen en 1710.

Ainſi voilà une eſpece où il faut ſuivre la Loi du débiteur. En voici une autre où il faut ſe déterminer pour la Loi de la ſituation.

Un homme eſt en voyage, il trouve à vendre avantageuſement un domaine qu'il a, & qu'il dit conſiſter en cent arpents; la

la meſure du lieu où il ſe trouve, eſt plus grande que celle où ſon domaine eſt ſitué; faudra-t-il meſurer les cent arpents ſur la meſure du lieu du contrat? Il n'y a perſonne qui ne ſente qu'une pareille prétention choque. *Quin imò Jus eſt in tacita & veriſimili mente contrahentium, & in dubio debet attendi menſura loci in quo debet metiri & fieri, quia menſura rei adhæret, & realis eſt.* Me Charles du Molin, *Cod. deſumm. Trinit.* & *art.* 33, *gloſſ.* 1, *n.* 86.

C'eſt encore la déciſion de Chopin, *in eodem menſurarum themate, perſtringam obiter motam in curia Pariſ. de illarum varietate controverſiam. Aureliæ cives duo, pactum ineunt de Bleſenſibus aliquot fundis diſtrahendis. Alter enim alteri eos fundos ære mancipavit, certo jugerum numero, definitos ac æſtimatos. Paucis inde diebus, emptor agros emenſus eſt, modumque agri minorem invenit, juxtà menſuram Bleſenſis provinciæ, cujus agri ſolo continentur; ideoque in Autorem ſuum judicio experitur, qui pro jugerum quantitate obligatus ſit, ut eam ſuppleat. Pauli L. ſi ſervum, §. 1, ff. de act. empt. Venditor autem ſe tuetur loco celebrati contractûs apud Aureliam: cujus inſpectâ menſurâ nihil deſit ex numero, ac modo jugerum Lege mancipi dicto. Re diu, multùmque concertata, ſuccubuit venditor ſententiâ inferioris Aureliæ Magiſtratûs; ſed à venditore appellatus, Præſes Provinciæ judicavit adversùs emptorem. Senatus tandem ex provocatione aditus, priorem ſententiam comprobavit*, 4 *Jul.* 1585; Leveſt & le Marié plaidants, *capit. de feudis andegav. lib.* 2, *tit.* 3, *n.* 10; *de extrajudiciariis feudorum emolumentis.* Il rapporte les différents avis des Auteurs ſur cette queſtion, & il ajoute, *juſtior tamen eſt diverſa opinio venditi agri menſuram ex Lege petendam ſitûs prædiorum, non loci pactæ venditionis*, & il cite à ce ſujet pluſieurs Auteurs.

C'eſt ce qui a été jugé par Arrêt du 4 Juillet 1585, ſuivant le témoignage de Charondas, en ſes Pandectes du Droit François, *liv.* 2, *ch.* 30, des choſes pour leſquelles le vendeur, &c.

Que ſi la choſe qui eſt vendue eſt mobiliaire & ſujette à meſure, pour lors, ſi elle doit être meſurée ſur le lieu même où elle doit être vendue, c'eſt pour ce cas que la maxime de Loyſel a lieu; en meubles, la meſure s'en doit faire ſelon le lieu où la vente ſe fait, *L.* 3, *tit.* 4, *reg.* 19 de ſes Inſtitut. Cout. Mais ſi la choſe mobiliaire, qui eſt vendue, ne doit

pas être mesurée sur le lieu actuel de la vente, pour lors la chose doit être mesurée selon le lieu où elle doit être prise. C'est pourquoi j'ai vu juger, dit Charondas, par Arrêt du 15 Mai 1556, que la mesure du vin se doit prendre selon le lieu du cru duquel est le vin vendu ou promis, & non selon le lieu du contrat.

Voici une troisieme espece dans laquelle Everard, *cons.* 68, se détermine pour la Loi du lieu où le paiement se doit faire. Un Marchand de Paris s'oblige de payer à Amsterdam une somme de 10000 livres, sans désigner la valeur des especes. Il décide qu'il faudra les payer, eu égard à la valeur de la monnoie d'Amsterdam, parce que c'est le lieu du paiement, & celui présumé prévu par les parties. *Æstimatio rei debitæ consideratur secundùm locum ubi destinata est solutio, seu deliberatio, non-obstante quod contractus alibi sit celebratus.*

C'est pareillement l'avis de Burgundus, *Tract.* 4, *n.* 29, *ea verò quæ ad complementum vel executionem contractûs spectant, vel absoluto eo superveniunt, solere à Statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio. Rationem mutuantur à Jurisconsulto qui unumquemque vult, in eo loco contraxisse intelligi, in quo, ut solveret, se obligavit.* On accorde, par privilege, le droit de Jurisdiction sur certaines personnes demeurantes dans l'étendue de dix lieues; mais la longueur de ces lieues n'est pas fixée : dans cette espece, il paroît raisonnable de prendre la longueur des lieues de la Province, à moins qu'il n'y eût une longueur particuliere fixée pour cette Jurisdiction.

Mais il pourroit se trouver telle circonstance où il faudroit décider pour la Loi du lieu où le contrat se passe, & c'est une quatrieme espece. Telle est celle rapportée par Charondas, en ses Pandectes du Droit François, *liv.* 2, *chap.* 39.

» Un Marchand François achete en Flandres d'un Marchand » du pays, quelques marchandises pour lesquelles il fait la pro- » messe & cédule de la somme de 36 livres de gros, payable » au Marchand Flamand ou au porteur.

» Le Flamand veut être payé en France du Marchand Fran- » çois, de cette somme, selon que la monnoie vaut en Flan- » dres de la livre de gros.

» Le François offre de payer la dette à raison de ce que la » livre vaut en France.

» Ses moyens sont que, puisqu'il n'y a certain lieu désigné

» en la cédule pour faire le paiement, il faut eſtimer le paie-
» ment être déſigné au lieu où il eſt demandé.

» Et n'eſt l'intérêt petit, parce qu'en Flandres, la livre de
» gros vaut ſix livres, & en France elle ne vaut qu'une livre;
» & quand le François a fait ſa cédule, il auroit eu égard à
» l'uſage & eſtimation de la France, où il entendoit que le
» paiement devoit ſe faire.

» Il m'a ſemblé, dit Charondas, que l'eſtimation devoit
» ſe faire ſelon l'uſage du pays, parce qu'elle porte, en ter-
» mes exprès, l'eſpece & la qualité de la monnoie promiſe,
» & il dit qu'il y a un Arrêt pour ſon opinion, du 14 Août
» 1535. «

Voici l'eſpece qui a été jugée en la quatrieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Côte de Champeron, le 22 Janvier 1727.

» La femme Jomard, demeurant à Saint-Omer, & Fran-
» çois Carton, demeurant à Ypres, avoient eu des relations
» de commerce enſemble depuis 1697, juſqu'en 1717; c'eſt-
» à-dire, quatre ans encore depuis que la ville d'Ypres avoit
» paſſé ſous la domination Hollandoiſe.

Juſqu'en 1713, les Parties n'avoient eu aucune difficulté entr'elles au ſujet des eſpeces, parce que Ypres étant à la France, les eſpeces étoient ſur le même pied.

Ils n'en eurent pas encore depuis 1713 juſqu'en 1715, parce que Carton avoit la précaution de mettre dans toutes les factures, en argent cours de France, &, pendant ce temps, la valeur des eſpeces avoit varié à Ypres, tantôt elle étoit plus haute, tantôt elle étoit plus baſſe qu'à Saint-Omer.

Mais en 1715, 1716 & 1717, il y eut de nouvelles factures entre les Parties; & dans celles-ci, Carton ne ſpécifie pas ſi elles étoient payables en argent cours de France, ou cours d'Ypres, & les eſpeces s'étant trouvées plus baſſes à Ypres qu'à Saint-Omer, Carton prétendit être payé ſelon le cours des eſpeces à Ypres.

Il faut obſerver que pendant ces années, juſqu'en 1718, il avoit été fait différents paiements à Saint-Omer, par ladite femme Jomard, il s'agiſſoit de compter. La femme Jomard prétendoit compter des dernieres factures ſur le pied des premieres; Carton, au contraire, prétendoit qu'il falloit compter ſur le pied de la valeur des eſpeces dans la ville d'Ypres, parce que,

dans les dernieres factures, il n'étoit pas dit que les marchandiſes ſeroient payables en argent cours de France, & que par conſéquent il falloit payer en argent cours d'Ypres. Ainſi jugé par l'Arrêt confirmatif de la Sentence du Conſeil d'Artois, qui avoit infirmé celle du Magiſtrat de Saint-Omer.

*N^a.* Sur le Factum eſt écrit, de la main de M. Danés, l'un des Juges, ces mots : » Jugé en faveur de Carton, ſur le » principe que la choſe vendue doit être payée en monnoie » reçue au domicile du vendeur. «

C'eſt encore par les circonſtances réſultantes de la préſomption de la volonté des Parties, que ſi un particulier s'eſt obligé de fournir, dans un certain lieu, certaine proviſion de vin, de bled, d'huile, & qu'il y manque, il ſera condamné à l'eſtimation de ces marchandiſes, ſur la valeur qu'elles ont au lieu où elles ont dû être fournies.

*Si merx aliqua, veluti vinum, oleum, frumentum, quæ certo loco dari debebat, ſit petita, & non detur, ſanè tunc hujus loci æſtimatio attendenda eſt, quo dari debuit. Nicol. Reusnerus, de quatuor obligationum cauſis, ſive qualitatibus, 1^a. parte, n. 78.*

Par la même raiſon, on a jugé au Parlement de Tournai, par Arrêt du 27 Janvier 1696, qu'une redevance de fermes, payable en grains & à livrer en la ville de Mons, dont il étoit dû des arrérages devoit, quant à ces arrérages, être payée ſur la valeur des grains de Mons. Pinault, en ſes Arrêts, *ch.* 90.

C'eſt par la ſuite de ces principes, qu'en l'année 1706, le Roi Louis XIV, ayant ordonné, par une Déclaration, que les billets de monnoie de 200 liv. 250 liv. &c. auroient cours & ſeroient reçus pour argent comptant dans la ville de Paris ſeulement, & non dans les Provinces, tant pour acquits de Lettres de change, &c. qu'en tous autres paiements ; ſavoir, pour les paiements de 400 liv. juſques à 500 liv. moitié, &c. Tous les Bourgeois de Paris qui avoient des fermes en campagne, & qui avoient ſtipulé que les fermages ſe paieroient à Paris, ſe déſiſtoient de cette clauſe, qui étoit en leur faveur, & demandoient acte de ce qu'ils conſentoient de recevoir au lieu de leurs fermes, au moyen de quoi l'on donnoit, au Châtelet, acte de cette déclaration, & l'on condamnoit le Fermier à payer ſur les lieux, en argent comptant.

Voici une eſpece où l'on ne ſe détermina pas pour la Loi du lieu du contrat, mais par la force des termes de l'engagement. Une adjudication de certains arbres, avoit été faite au Siege de Vannes, à M. Carcado, moyennant le prix de 2500 liv. payable en monnoie courante dans quinzaine, à Paris. Ceron, Procureur au Grand-Conſeil, avoit fait ordonner que cette ſomme lui ſeroit délivrée, pour payer les épices & cout d'un Arrêt. M. Carcado, qui avoit Me Evrard pour Avocat, prétendit qu'aux termes de la Déclaration du Roi, les billets de monnoie ayant cours à Paris, Ceron étoit obligé d'en accepter. Ceron répondoit que l'on ne payoit pas des épices en billets de monnoie; d'ailleurs, qu'il falloit conſidérer le lieu de l'adjudication & la prononciation de la Sentence, qui diſoit en monnoie courante. Arrêt du Grand-Conſeil, du 31 Janvier 1707, qui ordonne que le ſieur Carcado paiera en monnoie ayant cours à Vannes lors de l'adjudication : c'étoit le condamner à payer en argent comptant; car les billets de monnoie n'avoient pas cours en Province. Dictionnaire des Arrêts, *verbo* paiement, *n.* 5.

Me Ch. du Molin, qui a renvoyé aux circonſtances, s'eſt déterminé par la Loi de la ſituation dans l'eſpece ſuivante. *Conceſſio facta eſt alicui pro ſe, ſuiſque maſculis filiis & fœminis. Intelligitur ſecundùm Statutum, vel conſuetudinem loci diſponentem de modo ſuccedendi ab inteſtato*, §. 33, *Antiq. conſuet. Gl.* 1, *n.* 86.

Il ne faut donc pas généralement accorder que dans l'interprétation des contrats, il faille ſuivre la Loi du contrat; mais auſſi il ne faut pas généralement le nier. Cela dépend, comme nous venons de le dire, des circonſtances; j'eſtimerois néanmoins que, ſi on n'eſt balancé par aucunes, ou que celles qui peuvent ſe rencontrer, ne ſoient pas ſenſiblement déciſives, il y a raiſon pour lors d'adopter la Loi du contrat.

Un homme, par exemple, n'a pas de domicile certain; il ne paroît pas d'ailleurs avoir aucun eſprit de retour dans le lieu de ſa naiſſance. Cet homme ſe marie, ou contracte de toute autre maniere dans un lieu : il n'eſt pas préſumé avoir voulu ſe ſoumettre à aucune autre Loi qu'à celle du lieu où il contracte; mais parce qu'il eſt rare de trouver quelqu'un qui n'ait pas de domicile actuel, ni eſprit de retour en ſon

domicile d'origine, & avec lequel on fasse des actes qui aient des suites, cherchons un autre exemple.

Un homme se transporte exprès dans un lieu, pour y passer, avec un domicilié dans ce lieu, un contrat & un engagement; ce contrat & cet engagement deviennent sujets à interprétation, à cause des Loix différentes qui se trouvent dans les différents domiciles. Il est nécessaire de chercher quelle peut avoir été la volonté des contractants. Il sera plus raisonnable, dans cette espece, de se déterminer par la Loi du lieu du contrat, 1°. parce que c'est en même-temps la Loi du domicile de l'un des contractants.

2°. Parce que celui qui est venu contracter, y est venu exprès, & de dessein, & qu'il est, par cette raison, présumé avoir voulu se conformer à cette Loi, dont il a dû se faire instruire.

Voici ce que Schotanus, en ses *disputes de Droit*, a pensé sur ces questions, *Disp.* 8, *n.* 9, 10, 11 & 13, *advenæ duo qui sunt ejusdem territorii alio in loco quàm suo simpliciter contrahentes fortuito ignari juris quod aliter observatur in loco contractûs quàm suo, non videntur secundùm aliud jus quàm id quod in sua patria obtinet, contraxisse: adventitius hic casus quod simul in eum locum venerint, non hic computandus. L. Julianus* 6, *ff. qui & à quibus manumiss. liberi non fiant.*

*Idem arbitror procedere cùm convenit inter eos ut statim, vel post, ibi ubi contraxerunt, fiat solutio, intentio enim alia eorum non quàm ut secundùm Leges suæ patriæ agerent. Actus enim, ut dici assolet, agentium, nunquàm quid operantur ultrà eorum intentionem. L. non omnis.* 19, *de reb. credit. intentio verò talis esse præsumitur, præcipuè ex personæ qualitate, conditione, ac domicilio, si non fortior conjectura.*

*Sin autem istuc non casu venerint, sed eo animo ut isto loco contraherent, uti fieri solet in nundinis, ac merces ubi suas, vel unus, vel ambo contrahentes habuerint, ut ibi ea possint distrahi, non dubito quin secundùm Leges ejus loci & non patriæ, in lite eorum super controversiis ex negotiatione, ubi contractus sit, judicandum, si vel nihil sit dictum de solutione, vel maximè si convenerit, ut ibi fieret solutio . . . . . cùm autem quis cum suo concive contrahit, ipsius personæ, ut sui concivis qui se eodem jure*

*ſecum utitur, jus ſpectare videtur. L. qui cum alio 19, de reg. Jur. Cùm verò id fit, ſecundùm Leges patriæ, contractum eſſe initum præſumi oportet.*

*Si Titius forenſis contraxerit cum Caio cive ejus loci ubi contrahitur, ſequi oportet Titium jus civitatis in qua contraxit: contractus enim ibi abſolute accepit originem, & eſſentiam ſuam.*

On voit donc que quand il s'agit de l'interprétation des contrats, ou des teſtaments, beaucoup de nos queſtions mixtes ſe décident par les circonſtances. Je ſais qu'en recourant aux circonſtances qui donneront lieu aux préſomptions & aux conjectures, on rendra bien des queſtions arbitraires, parce que l'on pourra ſe déterminer par des conjectures peu ſolides, & que le cerveau des hommes n'eſt pas unanimement frappé des mêmes circonſtances; mais cet inconvénient me paroît ſans remede, ſi ce n'eſt de régler les queſtions qui peuvent ſe rencontrer plus ordinairement. Au ſurplus, voyez mes Diſſertations mixtes, *Diſſert.* 17; Dolive, *liv.* 4, *ch.* 20; Catelan, *liv.* 6, *ch.* 21; Ricard, *des Donations*, *part.* 2, *ch.* 3, *n.* 103, 104 & 105.

Dans les teſtaments, il n'eſt preſque pas poſſible de ſe déterminer autrement que par les circonſtances. La volonté du teſtateur eſt toujours ſujette à interprétation : cette interprétation ſe prend ſuivant les circonſtances, tantôt de la Loi du domicile, tantôt de celle de la ſituation, & tantôt de celle du lieu où le teſtament a été fait, quelquefois, encore, des termes du teſtament, & c'eſt ce qui fait l'incertitude du Juriſconſulte.

C'eſt ainſi que Caramela, en ſon Traité *de legatis*, *lib.* 3, *pag.* 358, s'eſt déterminé ſur l'eſpece ſuivante.

Un pere de famille de la ville de Perouſe, en Italie, & y domicilié, ſe trouve à Ancone, pour raiſon de commerce & d'affaires : il y fait ſon teſtament, & y legue, à une de ſes filles, 500 florins.

A Ancone, les florins ſont de moindre valeur qu'à Perouſe.

La queſtion fut de ſavoir en quelle valeur on devoit payer ces 500 florins, & cet Auteur décide par les circonſtances, en faveur de la Loi de Perouſe, domicile du teſtateur, & non

en faveur de la Loi d'Ancone, qui étoit néanmoins la Loi du lieu du teſtament.

Voici une autre eſpece, où il s'agit d'une certaine quantité de meſures de froment, léguées, & que Hertius, *de collig. Leg. ſect. 6, n. 3*, décide encore par la Loi du domicile.

*Alter caſus eſt. Titius tot atque tot modios frumenti legat, vel jugera agri: jam quæritur an loci ubi teſtatur, an ubi domicilium habet, menſuram intellexiſſe exiſtimetur? Affirmatur poſterius arg. L. Nummis 75. D. de legat. 3, ubi nummi legati intelliguntur ſecundùm conſuetudinem patrisfamilias, aut regionis. Hinc J. C. verba teſtatoris præcipuè interpretantur ſecundùm loci Conſuetudinem ubi teſtator originem, vel domicilium habet. Mantica, L. 6, de conject. ultim. volunt. Tit. 8, n. 8; Simon de Prætis, L. 1, de conject. ult. volunt. interpr. 14. dub. 1, ſolut. 9, n. 3 & ſeq. cur ſecus eſt in caſu præcedente? Nimirum contractus duorum voluntate perficiuntur, at in teſtamentis unus loquitur, perinde ut in votis, de quibus eſt Cap. ex parte 18, X. de cenſibus.*

Alexandre propoſe une autre eſpece, qu'il a décidée par les termes du teſtament. *Teſtator duo fecit legata in teſtamento. 1°. Enim dixit: volo conſtrui quandam capellam in civitate Mutinæ, in quâ conſtructione accipiantur ſexcenti ducati currentes ex illis mille ducatis quos Joannes Strigius frater meus, in dictâ civitati mutinæ moram trahens habet, tenet, & poſſidet proprios meos. Secundum fuit legatum factum à teſtatore his verbis: lego uxori meæ illos quadringentos ducatos reſtantes ex illis mille ducatis quos habet, & tenet dictus Joannes frater meus; & præſupponitur in facto quod dictus Joannes habuit à teſtatore ducatos mille ſecundùm curſum, & valorem civitatis Neapolis: unde per relationem ad dictos mille ducatos, quorum teſtator voluit dare quadringentos, apparet quod intelligi debet ſecundùm curſum Neapolis, quia ſi intelligeretur ſecundùm curſum Mantuæ, non reſtaſſent quadringenti ducati deductis ſexcentis. Et ideò ſequitur quod illi qui reſtant, deductis, ſexcentis, debentur, & non ultra, ut eſt caſus. In L. ſi ſervus legatus, §. qui quinque, & in Leg. ſi ſic. §. 1°. de legatis 1, cùm ergò reſtant ſolùm quadringenti ducati ſecundùm curſum civitatis Neapolitanæ, illi ſolùm debentur, & non ultra: pro hoc etiam facit, quia*

*quia teſtator, legavit dictam pecuniam, tanquàm certos nummos, & certum corpus exiſtens apud fratrem, ut patet ex illis verbis, meos proprios, & ſic præſupponit tranſlatum fuiſſe dominium in fratrem, unde quoniam pecunia legatur tanquàm corpus certum, non attenditur conſuetudo alicujus regionis, ſed ſolùm exiſtentia corporis. L. ſed & certos junctâ lege præcedenti, §. fin. de legat. 1, ſed exiſtentia corporis conſiſtebat in ducatis ſecundùm curſum civitatis Neapolis. Ergò illud attendi debet. Alexand. & ita dico, & conſulo, conſ. 19, liv. 6.*

M^e Ch. du Molin, à ſon égard, dit que *ſi teſtator habens prædia in diverſis locis legaverit in genere mille jugera, alio non expreſſo, quia cùm teſtator non cenſerit niſi de una uniformi menſura, debet in dubio attendi menſura loci ubi teſtator domicilium habebat, & converſabatur. Cod. de Statut.*

Il y a une belle queſtion agitée par M. le P. Bouhier, *chapit. 2, n. 220*, & qui eſt une queſtion conjecturale en matiere de teſtaments; c'eſt aſſez d'indiquer cet Auteur. Un ſavant, ou celui qui eſt avide de le devenir, ne peut plus dès lors ſe diſpenſer de le conſulter.

M. Boucher d'Argis, dans ſon Traité de la Crüe, *ch. 3*, traite une queſtion qui tombe volontiers dans la préſente diſſertation.

Après avoir expoſé dans les deux premiers Chapitres de ſon Traité, la variété qui regne dans nos Coutumes, au ſujet de la crüe des meubles inventoriés & priſés; & après avoir fait obſerver que, dans quelques-unes, il n'y avoit point de crüe; que, dans d'autres, elle eſt du quart en ſus de la priſée; dans d'autres, du huitieme, & dans d'autres, du tiers; il ſuppoſe un homme qui décede, & qui laiſſe des meubles dans différentes Coutumes; faudra-t-il, dans ce cas, pour régler, s'il eſt dû la crüe, ou non, & quelle en doit être la quotité, ſuivre la Loi du domicile, ou bien celle où ſe fait l'inventorié, ou enfin la Loi du lieu où réſident ordinairement les Officiers qui font la priſée?

Pour la déciſion de ces queſtions, M. Boucher d'Argis diſtingue pluſieurs cas, ſi les meubles qui ſont hors le domicile, ſont conduits dans le lieu du domicile, & y ſont inventoriés; il n'héſite pas à décider qu'il ne faut ſuivre qu'une Loi uniforme, qui eſt la Loi du domicile où ſe fait l'inventorié, & cette déciſion eſt toute ſimple. En quelqu'endroit que fuſſent

les meubles au jour du décès, il s'uffit qu'ils aient été priſés dans le lieu du domicile. Il y a double raiſon pour ſe fixer à cette Loi : 1°. c'eſt le lieu de la priſée ; 2°. c'eſt celui du domicile où les meubles, en conſéquence de la priſée, auroient dû être vendus, & par conſéquent ils ſont préſumés avoir été priſés ſuivant l'uſage du lieu.

Que ſi ces meubles ſont priſés dans les différents endroits où ils ſe trouvent au jour du décès, & par les Officiers de chacun de ces endroits, M. Boucher d'Argis décide qu'il y aura crüe ou non, & qu'elle ſera de la quotité, ſuivant le lieu où ſeront faites les différentes priſées, & ces déciſions ſe préſentent d'elles-mêmes.

Mais il eſt un cas plus difficile. On ſuppoſe un homme qui décede domicilié à Paris ; les Officiers du Châtelet qui ont droit de ſuite, ſe tranſportent dans les différentes Coutumes où il y a des meubles, & y font l'inventorié & la priſée : dans cette eſpece, ce ſont les mêmes Officiers qui inſtrumentent, mais en différents endroits ; faudra-t-il, pour régler la crüe & la quotité, ſuivre l'uſage qui s'obſerve à Paris, qui eſt le quart en ſus ? ou faudra-t-il ſuivre les différents uſages des différents endroits où les meubles auront été priſés ?

Sur cette queſtion particuliere, M. Boucher d'Argis dit qu'il faut examiner ſi l'uſage qui admet ou rejette la crüe, eſt perſonnel ou réel. Il n'eſt pas perſonnel, dit-il, il n'y a rien dans ſon objet qui intéreſſe l'état général de la perſonne, & dès lors, dans ſon ſyſtême, il le faut dire réel, parce que tout Statut qui ne regle pas l'état général de la perſonne, eſt, ſelon lui, un Statut réel ; & il ſe détermine à dire que, dans l'eſpece propoſée, il faut encore ſuivre la Loi des lieux où ſe ſont faites les différentes priſées.

Mais, auparavant de nous donner ſa déciſion, il propoſe trois partis : le premier ſeroit que, comme la différence de la crüe peut venir du plus ou du moins de capacité & d'expérience pour ces ſortes de choſes que l'on préſume dans les Officiers qui ont fait la priſée, & que, dans les pays où la crüe n'eſt pas admiſe, c'eſt parce qu'on ſait, par expérience, que ceux qui y font la priſée des meubles, ſont dans l'uſage de la faire à juſte valeur, conformément à ce qui ſe pratique dans le lieu de leur réſidence, & qu'au contraire dans les pays où la crüe a lieu, cela vient de ce qu'on a moins de

confiance dans la capacité des Officiers, & de ce qu'on préſume qu'ils eſtiment toujours les choſes au plus bas prix, de peur de ſe tromper.

Dans ce ſyſtême, ce ſeroit l'uſage ſuivi dans la Juriſdiction dont leur pouvoir eſt émané, qui régleroit la crüe & la quotité d'icelle, attendu que l'inventaire ayant été continué par les mêmes Officiers, par droit de ſuite, dans les différents endroits où il s'eſt trouvé des meubles, ces Officiers ſont préſumés avoir ſuivi par-tout leur ſtyle & uſage ordinaire pour la forme de l'inventaire & de la priſée.

Le ſecond parti ſeroit de dire que l'obligation d'ajouter la crüe à la priſée, eſt une condition attachée aux meubles par la Loi de leur ſituation qui eſt celle du domicile.

Enfin le troiſieme parti que M. Boucher d'Argis trouve le meilleur, eſt de conſidérer la Loi du lieu où ſe fait la priſée, parce que *locus regit actum*; que d'ailleurs la vente des meubles a coutume d'être faite dans le lieu où ils ont été inventoriés; que la crüe n'eſt qu'une peine établie contre ceux qui ne les ont point fait vendre, quoiqu'ils y fuſſent obligés; que la Loi qui regle le lieu où ſe doit naturellement faire la vente, doit régler la peine que l'on encourt, faute d'avoir fait cette vente.

Suivant le parti qu'embraſſe M. Boucher d'Argis, il faut dire que les Officiers du Châtelet ſe tranſportant hors l'étendue de la Coutume de Paris, pour y faire une priſée, la crüe doit être réglée, ſuivant l'uſage obſervé dans le lieu de la priſée.

On ne croit pas que M. Boucher d'Argis pût appliquer cette déciſion au cas où les Officiers du Châtelet auroient déclaré qu'ils ont fait la priſée conformément à l'uſage du Châtelet; car, dans ce cas, il faudroit accorder la crüe conformément à l'uſage de cette Juriſdiction.

La difficulté ne peut donc être que pour le cas où les Officiers du Châtelet auroient fait leur priſée, ſans déclarer ſuivant quel uſage ils l'auroient faite; & dans ce dernier cas, je ſuis fâché de n'être pas de l'avis de mon confrere; mais j'eſpere que la différence des ſentiments, ſur ce petit objet, n'altérera pas l'amitié qui eſt entre nous.

Je n'admets pas d'abord *ruditer & indiſtinctè* le principe de M Boucher d'Argis qui eſt, que tout Statut qui ne regle

pas l'état général de la personne, soit un Statut réel. Le Sénatusconsulte Velleyen ne regle pas l'état général de la femme, & cependant il est personnel; mais venons à notre question. Il me paroît qu'elle dépend moins de celle de savoir si le Statut qui regle l'usage de la prisée, est un Statut personnel, ou s'il est réel, que de savoir quel usage les Officiers du Châtelet qui ont fait la prisée, ont voulu ou dû suivre, & ont présomptivement suivi.

Quand les Officiers du lieu ont eux-mêmes fait la prisée, on ne peut pas douter qu'ils n'aient voulu se conformer à l'usage du lieu dont ils sont Officiers; ainsi, dans ce cas, pour décider s'il y aura crüe ou non, & quelle en sera la quotité, on suivra l'usage du lieu, à moins qu'il ne paroisse clairement que les Officiers s'en sont écartés.

Mais quand ce sont les Officiers du Châtelet qui se transportent dans une autre Juridiction, par droit de suite, peut-on présomptivement croire que ces Officiers aient voulu se conformer à l'usage du lieu, & que, se transportant en vertu du droit de suite que leur donne le scel du Châtelet, & procédant, par une continuation de ce qu'ils ont déja fait, à Paris, ils aient voulu, lorsqu'ils ne le disent pas, changer leur maniere de priser, de sorte qu'un même inventaire contînt différentes prisées?

Je dis plus, je dis qu'ils ne sont pas astreints à suivre d'autres usages, parce que, travaillant de l'ordre du Châtelet, & ne faisant que continuer le même inventaire, ils ne doivent pas changer leur maniere de procéder, qui doit être uniforme & égale en quelqu'endroit qu'ils instrumentent.

Par exemple, il est des Coutumes qui, pour la confection de l'inventaire, exigent certaines formalités différentes de la Coutume de Paris; dira-t-on que le subrogé tuteur, nécessaire à Paris pour la dissolution de la Communauté, y ayant enfants mineurs, ne sera plus nécessaire pour la suite de l'inventaire, parce que les Officiers du Châtelet cessent d'instrumenter à Paris, & vont instrumenter dans un autre endroit? & c'est ce que je ne déciderois certainement pas, parce que les Officiers du Châtelet, procédant par suite, ils ne doivent pas interrompre la forme sous laquelle ils ont commencé; & qu'en quelque Juridiction que les Officiers du Châtelet instrumentent par droit de suite, il est vrai de dire qu'ils inst-

trumentent, dans le territoire du Châtelet; le ſcel de cette Juriſdiction, n'ayant d'autres bornes & d'autres limites de territoire, quant à ce, que le Royaume même.

Mais obſervez que je parle des actes judiciaires qui ſe font par droit de ſuite; car, ſi un Notaire du Châtelet étoit appellé hors l'étendue du Châtelet & de la Coutume de Paris, pour y recevoir un teſtament, je ſuis perſuadé que, dans ce cas, ce Notaire devroit obſerver les formalités preſcrites dans le lieu où il inſtrumente; le droit d'inſtrumenter par tout le Royaume, lui donnant bien droit d'exercer ſes fonctions, mais dépendamment des Loix où il inſtrumente. C'eſt une concurrence avec tous les Notaires du Royaume, mais qui ne les diſpenſe pas des regles.

Quand je dis que les Notaires du Châtelet ont concurrence avec tous les Notaires du Royaume, j'entends que, comme les autres Notaires du Royaume n'ont droit d'inſtrumenter que dans les lieux où ils ſont prépoſés pour être Notaires, ceux du Châtelet de Paris ont droit d'inſtrumenter dans les lieux mêmes où les autres ſont prépoſés, & même en fait d'inventaires, s'ils en ſont requis par une ſeule partie intéreſſée & qu'ils aient prévenu, ils ſont en droit d'exclure tous Notaires du lieu, ſuivant l'Arrêt de Réglement, du 9 Mai 1736, parties, M. Gillet, Notaire à Paris, la Communauté des Notaires de Paris, & le ſieur l'Eguillier, parties requérantes l'inventaire d'une part, M. Lerrier, Notaire à Saint-Denis, la veuve & héritiers de Souches d'autre; & j'eſtimerois même, dans ce cas, que le Notaire du Châtelet pourroit ſe contenter de deux témoins, & ne procéder avec aucun Notaire du lieu, ſi ce n'eſt que la formalité du ſecond Notaire fût de forme eſſentielle dans ce lieu.

Au ſurplus, pour terminer la queſtion de la crüe, je ne crois pas qu'on admette la crüe à Paris, parce que l'on préſume, dans les Officiers qui font la priſée, peu de capacité. Il n'eſt pas de ville dans le Royaume, où les Huiſſiers ſoient plus expérimentés, & connoiſſent mieux la juſte valeur des meubles. Enfin j'ai appris que, dans le fait, en quelqu'endroit du Royaume qu'ils ſe tranſportent par ſuite, ils font toujours la priſée, en préſuppoſant que la crüe du Châtelet aura lieu.

Ainſi je préférerois le premier parti propoſé par M. Boucher

d'Argis, au troiſieme qu'il a adopté; peut-être même que les choſes bien développées, nous penſerions l'un comme l'autre.

Je n'en dirai pas davantage ſur la Loi du contrat, & j'emploierai, pour ſupplément, la conſultation ſuivante dans laquelle je me ſuis déterminé pour la Loi du contrat; parce que toutes les circonſtances me parurent concourir pour cette Loi, & devoir ſervir à interpréter la volonté des contractants, & c'eſt la réunion de toutes ces circonſtances qui fit que je pouſſai auſſi loin les privileges de cette Loi.

M. le Comte de R..... domicilié en Languedoc, avoit entre autres enfants, un fils qui, depuis pluſieurs années, étoit à Paris. Ce fils ſe maria avec la Demoiſelle de.... qui y étoit née & domiciliée, à l'effet de quoi le pere envoya une procuration générale & indéfinie à M. l'Evêque de.... pour régler les conventions matrimoniales.

Par le contrat de mariage, M. le Comte de... donne à ſon fils la moitié de tous les biens meubles & immeubles qui lui appartenoient alors, & qui ſe trouveroient lui appartenir au jour de ſon décès, ſous la condition que, ſi le futur époux décede ſans enfants mâles, nés de ce mariage, la moitié des biens à lui préſentement donnés, rerournera à l'aîné de ſes freres, ou à l'aîné des enfants mâles dudit aîné; après toutes fois que les conventions de ladite Demoiſelle future épouſe auront été payées & acquittées, & que déduction aura été faite de la légitime des filles.

De ce mariage il y a eu deux enfants, le Comte du R... & la Comteſſe de L....

Le Comte de... petit-fils du donateur, prétendoit qu'il étoit appellé à titre de ſubſtitution à recueillir les biens donnés à ſon pere par ſon aïeul, parce que les biens donnés ſont ſitués à Toulouſe, & que, dans l'étendue de ce Parlement, les enfants, mis dans la condition, ſont mis dans la diſpoſition.

La Dame de L... ſa ſœur au contraire prétendoit être héritiere, *ab inteſtat*, de ſon pere avec le ſieur ſon frere, parce que, diſoit-elle, la clauſe *ſi ſine liberis* n'eſt qu'une véritable condition par le défaut de laquelle il n'y a plus eu de ſubſtitution, aux termes même de la clauſe, où il n'eſt parlé du défaut d'enfants, que comme d'une condition de la ſubſtitu-

tion, & que telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

On demande, dans cette eſpece, s'il faut ſe déterminer par la Loi de la ſituation, ou par celle du contrat.

Lorſqu'on m'apporta ce Mémoire, je fis remarquer à la perſonne qui agiſſoit pour la Dame de L... que la ſubſtitution étoit au profit des mâles, qu'elle étoit faite par un Gentilhomme de diſtinction, & qu'elle me paroiſſoit avoir toutes les conditions requiſes par M. Cujas, pour être graduelle; je parlois pour lors avant l'Ordonnance de 1747. On me pria de me renfermer dans la queſtion mixte, qui étoit portée au Mémoire, c'eſt-à-dire, ſi pour décider *an filii poſiti in conditione, ſint poſiti in diſpoſitione*, il falloit ſe déterminer par la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, lieu de la ſituation, ou par la Juriſprudence du Parlement de Paris, où le contrat avoit été paſſé, entre un fils qui y demeuroit depuis pluſieurs années, & qui, par ſon contrat de mariage, y fixoit ſon domicile, & une fille qui y avoit toujours été domiciliée, ſubſtitution faite par le miniſtere d'un fondé de procuration, dont le pouvoir étoit indéfini, & qui étoit le maître abſolu des conventions; & c'eſt ſur ces circonſtances ſeules que je donnai la conſultation ſuivante.

Le Conseil soussigné eſt d'avis, ſur la queſtion propoſée, qu'il faut ſuivre la Loi où le contrat de mariage a été paſſé. Pour la déciſion de cette queſtion, il eſt néceſſaire de faire quelques réflexions préliminaires.

Il ne s'agit pas ici de décider du pouvoir qu'avoit le Comte de R..... aïeul, de diſpoſer de ſa terre, & autres biens qu'il a donnés; toutes les Parties conviennent qu'il a pu donner, & qu'il avoit une capacité, habilité & faculté ſuffiſantes.

Il n'eſt pas queſtion non plus de décider ſi en donnant, il a excédé les portions permiſes par la Loi de la ſituation: on convient encore qu'il n'a donné que ce qu'il pouvoit donner.

Enfin, il n'eſt pas queſtion de ſavoir ſi le Comte de R..... en ſubſtituant ſous la clauſe *ſi ſine liberis*, a pu faire une ſubſtitution graduelle & perpétuelle, ou s'il a pu n'appoſer qu'une ſimple condition: la Juriſprudence du Parlement de

Toulouſe, qui a entendu ces ſortes de clauſes, d'une ſubſtitution graduelle, n'ôte pas la liberté de réduire ces mêmes clauſes à une ſimple condition. Ainſi, le Comte de R..... pouvoit, en ſubſtituant cette clauſe, *ſi ſine liberis*, ajouter que cette clauſe n'induiroit pas un fidei-commis, mais une ſimple condition, qui anéantiroit la ſubſtitution, auſſi-tôt qu'il y auroit des enfants.

D'où il réſulte que, dans l'eſpece qui eſt à décider, il ne s'agit d'aucune réalité, les biens donnés ayant, par la diſpoſition de la Loi de la ſituation, aptitude à être donnés purement & ſimplement, ſans ſubſtitution, ou à être ſubſtitués graduellement, ou à ne l'être que ſous condition, ſans que dans tous ces cas, on diſpoſe contre la teneur de la Loi de la ſituation, parce que, dans le Parlement de Toulouſe, il n'y a aucune Loi, ni purement négative, ni négative prohibitive aux contractants, de faire une ſubſtitution, ou de n'en point faire, de convertir la clauſe, *ſi ſine liberis*, en ſimple condition, ou de lui donner l'effet d'une ſubſtitution graduelle.

Il ne peut donc être queſtion que de chercher la volonté des contractants, quelle qu'elle ait été ; elle ne bleſſe en aucune maniere, ni la Loi, ni la Juriſprudence de Toulouſe, qui n'eſt pas prohibitive de cette volonté.

Nous diſons qu'il s'agit de chercher la volonté des contractants ; car il n'eſt pas ici queſtion de la volonté d'un ſeul homme, comme dans une diſpoſition teſtamentaire, il eſt queſtion d'une convention matrimoniale, où la volonté de toutes les parties doit concourir.

Mais cette volonté, telle qu'elle puiſſe être, ne rencontrant aucune réſiſtance dans la Loi de la ſituation, il la faut exécuter à la lettre.

Or, en fait de conventions, dont l'interprétation ne ſauroit jamais bleſſer la Loi de la ſituation, la grande regle de nos Auteurs, eſt de ſuivre la Loi du contrat, parce que des perſonnes qui contractent dans un lieu, ſont communément préſumées adopter les diſpoſitions de ce lieu.

Les raiſons qu'ils en donnent ſont, que qui dit un contrat, dit une convention de pluſieurs perſonnes. Or, ces différentes perſonnes pouvant être domiciliées dans différents endroits, régis

régis par différentes Loix, l'utilité du commerce, le bien de la Juſtice, & même la Loi naturelle, exige, ſelon eux, que l'on donne la préférence à la Loi du contrat.

S'il en étoit autrement, les conventions deviendroient des ſources de conteſtations; chacune des Parties réclameroit ſes Loix particulieres, & prétendroit les faire paſſer dans les conventions, enſorte qu'il y auroit perpétuellement un choc & un combat dans l'exécution.

Qu'on ne diſe pas que, comme l'on peut contracter en un lieu plutôt que dans un autre, les mêmes conventions recevroient du haſard du lieu, leurs interprétations; au lieu que les Loix de la ſituation ſont unes & immuables, & que c'eſt par conſéquent à celles-là qu'il faut ſe fixer.

A cette difficulté, on répond que, dans le cas d'un contrat de mariage, le lieu du contrat n'eſt pas un lieu de haſard, c'eſt ordinairement le lieu du domicile de la future, c'eſt quelquefois celui du futur; & il eſt juſte, dans le concours des Loix du contrat, & de celles de la ſituation des biens, de donner la préférence aux Loix du contrat, dans une matiere de pure interprétation de volonté; parce que des Parties qui contractent dans un lieu, ſont préſumées s'inſtruire des Loix de ce lieu; & que les conſeils & les Officiers qui les dirigent, ſont préſumés les en avertir, & leur inſpirer plutôt des Loix qu'ils connoiſſent, que des Loix étrangeres qu'ils ne pratiquent point, & dont ſouvent ils n'ont point entendu parler.

Il eſt vrai que quand ces Loix du contrat combattent les Loix réelles, négatives, prohibitives du lieu de la ſituation, en ce cas, il faut donner la préférence aux Loix de la ſituation; parce qu'il eſt juſte que de pareilles Loix, faites pour régir des biens ſoumis à ces Loix, aient leur exécution, & que la volonté ſoit gênée, & néceſſairement aſtreinte aux Loix réelles prohibitives de la ſituation.

C'eſt ainſi, par exemple, que dans une Coutume où don & douaire ne ſauroient concourir ſur les mêmes biens, dans celles où le douaire préfix ne ſauroit être plus fort que le coutumier, il faudra ſuivre les Loix de la ſituation, parce qu'effectivement ces Loix ſont réelles, & affectent ces biens par une diſpoſition négative prohibitive.

Mais quand les biens ſont ſitués dans des lieux qui admettent

également une convention comme une autre, & qui ne diſpoſent pas des choſes par une Loi prohibitive, pour lors on n'eſt plus obligé de recourir à la Loi de la ſituation ; mais on peut recourir à la volonté des contractants, & cela par cette raiſon dominante, que ne s'agiſſant que de l'interprétation de la volonté, c'eſt une choſe pure perſonnelle.

C'eſt dans ce cas que nos Auteurs donnent la préférence à la Loi du contrat ; parce que s'agiſſant de l'interprétation d'une volonté qui a le choix de l'un ou de l'autre, l'homme eſt préſumé vouloir ſelon les Loix où il a contracté, par la raiſon que l'on vient de dire, que ce ſont ces Loix dont il eſt préſumé s'être fait inſtruire, & que les Officiers qui l'ont dirigé, ont été plus à portée de lui inſinuer.

Quoique les principes que nous venons d'expliquer, ſoient ceux de preſque tous nos Auteurs, néanmoins il ne faut pas les appliquer indifféremment à toutes ſortes d'eſpeces ; & il faut convenir que, dans une matiere conjecturale & de préſomption, il y a des cas où la préſomption peut exiger qu'on ne ſuive pas toujours les Loix du contrat, comme lorſqu'il y a une préſomption plus forte qui contredit celle-ci.

C'eſt ainſi, par exemple, que ſi un homme, domicilié dans une Coutume, ſe marie dans une autre, ſans ſe ſoumettre expreſſément à cette autre Coutume, on préſumera toujours qu'il aura voulu ſe marier ſelon les Loix de ſon domicile ; & on le préſumera dans la femme comme dans le mari, parce que la femme étant obligée de ſuivre ſon mari, & étant une partie de lui-même, l'un & l'autre ſont préſumés préférer des Loix ſous leſquelles ils ſe rangent, pour y paſſer intentionnellement leurs jours.

C'eſt encore ainſi, que ſi une perſonne emprunte dans un lieu, & s'oblige de payer dans un autre, on préſumera que les parties ſe ſont ſoumiſes aux Loix du lieu où le paiement doit ſe faire, parce que c'eſt dans ce lieu que l'engagement doit trouver ſon complément & ſon exécution, & c'eſt le ſujet de ce fameux Conſeil 78 d'Everard, qui nous a donné, ſur cette matiere, de ſi grands & de ſi beaux principes de déciſion.

Mais lorſque les préſomptions ne nous emportent pas fortement hors le lieu du contrat, ce ſont communément les Loix de ce lieu qu'il faut ſuivre. Auſſi voyons-nous que dans

la theſe générale, tous nos Auteurs ſe rangent du parti de la Loi du contrat.

C'eſt pourquoi ils ont tous regardé la Loi *ſi fundus, ff. de evict.* comme une Loi déciſive en cette matiere, & qui ſappoit la difficulté juſqu'à la racine. *Hæc Lex videtur ponere ſecurim ad radicem.*

Me Charles du Molin, Prince de notre Juriſprudence coutumiere, & qui joignoit une grande pratique à une longue ſpéculation, ne s'eſt pas, on en convient, rendu purement & ſimplement à cette déciſion; mais auſſi il n'a pas oſé la rejetter purement & ſimplement, & il convient que le lieu du contrat eſt une des préſomptions qu'il faut admettre. *Aut Statutum loquitur de his quæ meritum ſcilicet cauſæ, vel deciſionem concernunt, & tunc aut in his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt, & tunc inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis quarum una eſt Statutum loci in quo contrahitur.*

Voilà donc, ſelon Me Charles du Molin, la Loi du contrat, qui eſt une des circonſtances qu'il faut conſidérer pour l'interprétation de la volonté des contractants; & Me Charles du Molin, cet homme ſi profond, place admirablement bien ſa déciſion. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Ainſi ce n'eſt pas pour le cas où il y a, dans le lieu de la ſituation, des diſpoſitions réelles prohibitives, qu'il faut ſe déterminer pour la Loi du contrat; mais c'eſt dans les choſes qui ſont toutes de volonté, & où la volonté peut pencher pour un parti, ou pour un autre, ſans offenſer aucune Loi. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Or, c'eſt préciſément le cas où ſe trouvent les Parties contractantes. Il n'y a pas, dans le Parlement de Toulouſe, de Loix prohibitives, de ne mettre les enfants que dans la condition d'une ſubſtitution. On peut, à Toulouſe, comme partout ailleurs, choiſir l'exiſtence des enfants pour condition, comme on choiſiroit l'arrivée d'un vaiſſeau en Aſie. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

Or, ſelon Me Charles du Molin, dans ce cas, la préſomption de la volonté, & ſon interprétation, ſe prend, entre autres choſes, de la Loi du lieu où ſe paſſe le contrat: *& tunc*

*inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis, quarum una eſt Statutum loci in quo contrahitur.*

Il eſt vrai que cette ſeule circonſtance n'eſt pas toujours déciſive, ſelon Me Charles du Molin; c'eſt pourquoi dans le cas, dit-il, où un homme auroit vendu, dans un lieu, un fonds ſitué dans un autre, & où la meſure ſeroit différente, il ne veut pas que l'on ſe détermine tout d'un coup par la Loi du contrat, pour fixer la meſure dont le fonds vendu doit être meſuré; *unde ſtantibus menſuris diverſis, ſi fundus venditur ad menſuram, non continuò debet inſpici menſura quæ viget in loco contractûs, ſed in dubio debet attendi menſura loci in quo fundus debet metiri, & tradi, & executio fieri.* Ces termes de Me Charles du Molin, *non continuo debet*, ſont d'une énergie admirable, & marquent bien que communément, & par la force des principes généraux, on eſt porté d'abord, & par une pente naturelle de la pure raiſon, à ſe déterminer par la Loi du lieu du contrat, que néanmoins cette déciſion n'eſt pas vraie purement & ſimplement; *ſed ego dico quod illa Sententia Bartoli non eſt ſimpliciter vera, ſed eſt diſtinguendum*, & c'eſt la raiſon pour laquelle il dit que *non continuò debet inſpici menſura quæ viget in loco contractûs.*

Cependant, & quoique la meſure, dont un héritage doit être meſuré, ſemble appartenir à la Loi de la ſituation, & dépendre de la réalité; néanmoins, parce que cette Loi réelle n'eſt pas prohibitive, & que les parties ſont les maîtres de convenir d'une autre meſure, il décide que ce ne ſera pas encore la meſure du lieu de la ſituation qu'il faudra employer. *Si ex aliis circumſtantiis conſtet de qua menſura ſenſerint, quæ quæſtio*, ajoute-t-il, *magis eſt facti quàm Juris.*

Ainſi l'on voit que, ſelon Me Charles du Molin, dans les choſes même réelles, on peut & on doit ſe régler par la Loi du contrat, ſelon les circonſtances qui peuvent avoir déterminé la volonté, ce qu'il faut entendre dans le cas où la Loi réelle de la ſituation n'eſt pas négative prohibitive d'une certaine interprétation. *In his quæ pendent à voluntate partium, vel per eas immutari poſſunt.*

On va faire, dans un inſtant, l'application de tous ces principes; mais il faut continuer à les développer de plus en plus.

La Loi *ſi fundus* a été regardée de tous nos Auteurs, comme

une Loi déciſive en faveur de la Loi du lieu du contrat ; mais Me Charles du Molin n'a pas cru qu'elle dût être toujours & indiſtinctement entendue de tout lieu où le contrat étoit paſſé, fût-il fortuit & de haſard ; & il a cru que les circonſtances devoient déterminer l'intention des parties, & qu'en tout cas, le lieu du contrat dont parloit la Loi, devoit être entendu du lieu du domicile où plus communément l'on contractoit, *& advertendum quod Doctores peſſimè intelligunt hanc Legem, quia putant ruditer & indiſtinctè quod ibi debeat inſpici locus & Conſuetudo ubi fit contractus, quod eſt falſum, quin immò Jus eſt in tacita & veriſimili mente contrahentium.... Conſuetudo loci contractûs fortuiti intelligenda non eſt, ſed domicilii, prout crebriùs uſu venit.*

Selon Me Charles du Molin, ce ſont donc les circonſtances qui accompagnent les conventions qui doivent décider de l'intention des parties, & le lieu du contrat, dont eſt parlé dans la Loi *ſi fundus*, doit s'entendre du lieu du domicile ; mais, pour bien pénétrer la déciſion de Me Charles du Molin, il faut obſerver que, quand il parle du lieu du domicile, c'eſt pour rendre, ſelon lui, le véritable eſprit de la Loi *ſi fundus*, qu'il reſtreint à un cas particulier, pendant que nos Auteurs en font une déciſion générale & indéfinie ; mais il n'entend pas réduire l'interprétation de la volonté par la Loi du contrat, qui ſoit en même-temps la Loi du domicile, puiſque ci-devant il met la Loi du lieu où l'on contracte, *ſtatutum loci in quo contrahitur*, entre les circonſtances qui ſervent à déterminer l'intention & la volonté des parties.

Mais ce qu'il eſt encore important d'obſerver, c'eſt que Me Charles du Molin, qui nous donne, comme une déciſion générale, que le lieu où l'on contracte, fait partie des circonſtances propres à déterminer la volonté des contractants, & qui veut auſſi que la Loi *ſi fundus* n'ait pas une application ſi étendue que celle que donnent nos Docteurs, & que cette Loi ſoit reſtreinte au lieu du contrat qui eſt celui du domicile des deux contractants, veut néanmoins que cette Loi, qui eſt à l'occaſion d'un fonds vendu, exclue indiſtinctement la Loi de la ſituation, comme Loi de la ſituation, *Lex ſi fundus, excludit..... locum ſitûs rei in quo contrahentes non habent domicilium* ; ce qui fait connoître que, quoiqu'il s'agiſſe de fonds, ayant aſſiette dans un lieu, ce n'eſt pas la Loi de ce lieu qui ſert toujours

pour déterminer la volonté des parties, & que cette Loi n'eſt pas à conſidérer, quand il ne s'agit que de parvenir à la connoiſſance de ce que les parties ont voulu.

Et afin que l'on ne croie pas que la Loi *ſi fundus* doive s'appliquer au cas ſeulement où il n'eſt queſtion que d'une ſimple ſolemnité ou maniere de contracter, comme quelques autres Docteurs l'ont penſé, au moyen de quoi il ne ſeroit pas ſurprenant que cette Loi eût exclu, pour la déciſion, la Loi de la ſituation, étant de principe que ce ſont les Loix du lieu où l'on contracte qu'il faut ſuivre en fait de ſolemnité, M^e^ Charles du Molin remarque que la Loi *ſi fundus*, *reſpicit effectum, meritum & deciſionem cauſæ, nec verum eſt quod concernat ſolemnitatem & modum contrahendi.* D'où il ſuit qu'encore qu'il s'agiſſe d'un fonds, qu'encore même qu'il s'agiſſe des vrais principes fondamentaux de déciſion, la Loi de la ſituation ne décide pas toujours de l'intention des parties, ce qui néanmoins doit être entendu, lorſque cette Loi n'eſt pas prohibitive de la volonté des parties.

Mais, demande M^e^ Charles du Molin, en ſuivant toujours l'explication de la Loi *ſi fundus*, que faut-il dire ſi les parties contractantes ont différents domiciles ? *ſed quid, ſi ſint diverſi fori*, pour lors, *recurrendum ad alias circumſtantias ex bono & æquo;* en ſorte que s'il eſt prouvé que le vendeur d'un fonds a été rendu certain de la Loi où il a contracté, c'en eſt aſſez pour dire qu'il a voulu contracter ſelon la Loi de ce lieu-là; *ſatis eſt ut tacitè videatur actum ſecundùm Morem illius loci.* Il en eſt encore de même ſi le vendeur *expreſſe ſe tranſtulit* dans le lieu du contrat, *quia tum præſumitur inquiſiviſſe Morem loci, per locum à communiter, accidentibus qui eſt validus in materia conjecturali*, & le vendeur doit s'imputer de n'avoir pas exclu la Loi du contrat, s'il ne vouloit pas y être aſſujetti, *& ſibi debet imputare ſi aliam Legem non expreſſit*, enſorte que, faute de s'être expliqué & d'avoir adopté une autre Loi que celle du contrat, la Loi du contrat eſt préſumée avoir été convenue & accordée par les parties, & leur contrat eſt affecté par la Loi qui paſſe en contrat, *ex tacito pacto inexiſtenti, vel ex contractu informato à Statuto vel Conſuetudine.*

Appliquons préſentement tous ces principes à l'eſpece où les parties ſe trouvent.

Le ſieur Comte du R.... marie ſon fils & lui donne la moi-

tié de tous les biens meubles & immeubles qui lui appartenoient alors, & qui ſe trouveroient lui appartenir au jour de ſon décès, & il appoſe à ſa libéralité, la clauſe ſuivante, à condition que, ſi le futur époux décede ſans enfants mâles, nés de ce mariage, la moitié des biens à lui préſentement donnés, retournera à l'aîné de ſes freres, ou à l'aîné des enfants mâles dudit aîné, après toutes fois que les conventions de la Demoiſelle future épouſe auront été payées & acquittées, & que déduction aura été faite de la légitime des filles.

De ce mariage, il y a eu deux enfants, un fils & une fille.

Le fils prétend contre ſa ſœur qu'il eſt appellé à recueillir les biens donnés à ſon pere par ſon aïeul, parce que les biens donnés ſont ſitués à Toulouſe, & que, dans l'étendue de ce Parlement, les enfants mis dans la condition, ſont mis dans la diſpoſition.

La ſœur au contraire prétend être appellée également & conjointement, & *ab inteſtat* avec le ſieur ſon frere, parce que la clauſe, *ſi ſine liberis*, n'eſt qu'une véritable condition par le défaut de laquelle il n'y a plus eu de ſubſtitution, aux termes mêmes de la clauſe, où il n'eſt parlé du défaut d'enfants que comme d'une condition de la ſubſtitution, & que telle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

Ainſi la queſtion eſt de ſavoir s'il faut ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe où les biens ſont ſitués, ou s'il faut ſuivre la Juriſprudence du Parlement de Paris où le contrat de mariage a été paſſé.

On ne ſe propoſe pas d'examiner quelle eſt en effet la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, en ce qui regarde les enfants mis dans la condition d'une ſubſtitution.

On n'examinera pas non plus quelle eſt la Juriſprudence du Parlement de Paris ſur cette même queſtion. On ſe réfere, à cet égard, à ce qui a été dit, écrit & produit de part & d'autre.

On ne s'attachera uniquement qu'à diſcuter la queſtion, ſi l'on doit juger la ſubſtitution portée par le contrat de mariage du Comte du R.... par les principes de Toulouſe, ou par ceux du Parlement de Paris, en ſuppoſant que, ſur cette queſtion, la déciſion fût différente dans ces deux Parlements.

Il faut convenir d'abord que, quelle que ſoit la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, il n'y a ni Loi, ni Arrêt de Réglement à Toulouſe, qui porte qu'un pere qui ſubſtituera à défaut d'enfants, ne pourra pas dire qu'il n'entend pas faire de ſubſtitution, & qu'il ne choiſit l'exiſtence d'enfants que comme une ſimple condition.

Ainſi ſi l'aïeul, en mariant ſon fils, ſoit à Paris, ſoit à Toulouſe, avoit marqué expreſſément ne vouloir pas que la condition pût opérer un ſubſtitution, il n'y a pas de difficulté que la clauſe n'en opéreroit pas.

Mais du moment qu'il ne s'agit que de l'interprétation d'une volonté, que de ſavoir ce que les contractants ont exprimé par telle & telle clauſe, c'eſt un véritable point de fait qui dépend des circonſtances, & le tout eſt de fouiller dans le cerveau de l'homme, & de pénétrer dans ſon idée, & dès lors il n'y a rien de réel.

Ecartons donc d'abord la Loi de la ſituation, comme Loi néceſſaire & déciſive : elle ne pourroit être tout au plus conſidérée que comme une circonſtance ; mais circonſtance à laquelle nos Auteurs ne ſe ſont pas attachés.

En effet veut-on décider, par l'avis unanime & concordant de tous nos Auteurs, c'eſt la Loi du contrat qui doit l'emporter. *Debet enim ſemper ſervari Statutum loci contractûs quoad ea quæ oriuntur ſecundùm naturam ipſius contractûs. Alex. conſ.* 37. *liv.* 2. *Si quidem Conſuetudo loci influit in contractus quos & dirigit, & format.* dit Burgundus, *ad conſ. Fland. tract.* 2, *n.* 11. C'eſt un aſtre qui répand ſes influences ſur les choſes qui l'approchent.

Veut-on décider, par l'avis particulier de M^e Charles du Molin, entre les circonſtances qui doivent déterminer, il place lui-même le lieu du contrat. *Inſpiciuntur circumſtantiæ voluntatis, quarum una eſt Statutum loci in quo contrahitur.*

Pourquoi, ſelon M^e Charles du Molin, la Loi du lieu du contrat eſt-elle une des circonſtances propres à déterminer la volonté des contractants qui ſe tranſportent dans un lieu pour y contracter ? *Quia tunc præſumitur inquiſiviſſe Morem loci, per locum à communiter accidentibus, qui eſt validus in materia conjecturali*, & que les contractants doivent s'imputer de n'avoir pas nommé toute autre Loi, ſelon laquelle ils vouloient être jugés, & *debent ſibi imputare, ſi aliam Legem non expreſſerunt.*

Il

Il peut cependant, ſelon Me Charles du Molin, y avoir des circonſtances qui impoſeroient ſilence à la Loi du contrat pour laiſſer parler une autre Loi; mais ici toutes les circonſtances ſe réuniſſent à celles du lieu du contrat.

Premiérement, ce n'eſt pas par hazard que les parties ont contracté à Paris : la future y étoit domiciliée de droit, le futur y étoit domicilié de fait, depuis long-temps, & le donateur y eſt venu exprès par Procureur, pour y paſſer le contrat de mariage dont eſt queſtion.

On dit que le donateur y eſt venu exprès par Procureur, & cette expreſſion ne doit pas paroître étrange. La maxime de Loyſel eſt que *aſſez fait qui fait faire.* Ainſi nous pouvons raiſonnablement conſidérer le ſieur du R... donateur, comme étant venu exprès à Paris, ſur-tout ayant donné une procuration *cum libera* à l'Evêque de... cette procuration générale & indéfinie eſt donc ici d'un grand poids; car c'eſt comme ſi le pere donateur avoit dit, allez pour moi à Paris, je me repoſe ſur votre ſageſſe & votre diſcrétion, je veux tout ce que vous voudrez, voyez & conſultez ce qu'il peut y avoir à faire de plus convenable.

Or, un Sage, fondé de procuration, mais qui n'eſt pas préſumé poſſéder les Coutumes & les différentes Juriſprudences, s'adreſſe aux gens expérimentés, prend conſeil & ſe fait inſtruire : nous retombons dans la déciſion de Me Charles du Molin. Celui qui vient exprès dans un lieu, *præſumitur inquiſiviſſe morem loci per locum à communiter accidentibus.* Un homme prudent n'en uſe jamais autrement, & c'eſt un argument puiſſant dans une matiere conjecturale; *validus in materiâ conjecturali.*

En effet, repréſentons-nous une famille aſſemblée pour délibérer ſur les conventions les plus convenables d'un mariage, celles les plus propres à concilier les intérêts des parties, & à établir une alliance dont le repos ne puiſſe pas être troublé par la ſuite. Ces parents aſſemblés, appellent des conſeils, ils appellent un Notaire; on propoſe, on arrête, on rédige.

Si ces conſeils ne ſont qu'imparfaitement inſtruits, il eſt certain qu'ils ne parleront que le langage de leur lieu, qu'ils n'inſpireront aux parties, que ce qu'ils ſavent eux-mêmes; & dès-lors il ne ſera pas poſſible que la volonté des parties ſe

porte vers des Loix dont elles n'ont point été inſtruites, & elle ſe bornera aux Loix du lieu même : *& tunc præſumitur inquiſiviſſe morem loci à communiter accidentibus.*

Que ſi ces conſeils ſont habiles, ils s'informeront de la différente ſituation des biens, ils ſeront inſtruits de la différence des Juriſprudences ; & s'ils ne préviennent pas la difficulté, & ne la levent pas, on ſera bien fondé à oppoſer, à la partie, *quod ſibi debet imputare, ſi aliam Legem non expreſſit.* On lui dira très-ſenſément qu'il a penſé en Pariſien, puiſqu'il n'a pas marqué qu'il penſoit en Toulouſain ; & ce raiſonnement a d'autant plus de force, que la donation eſt de la moitié des biens du donateur, qui pouvoit en avoir en différents endroits, où la Juriſprudence ne ſeroit pas la même.

Mais à ces circonſtances ſi déciſives, ſi on ajoute que les conjoints ont adopté la diſpoſition de la Coutume de Paris pour la regle de leurs conventions matrimoniales, cette ſoumiſſion ne laiſſe pas que d'avoir ſon poids.

En effet, on ne peut pas dire que la donation faite par le pere à ſon fils, ne ſoit pas une convention matrimoniale ; c'en eſt une principale, puiſque c'eſt celle qui devoit pourvoir à ſoutenir les charges du mariage, & le luſtre de deux grandes maiſons.

Or les conjoints s'étant ſoumis à la diſpoſition de la Coutume de Paris, pour toutes leurs conventions, c'eſt cette Coutume qui doit néceſſairement les régler.

Dira-t-on que cela eſt vrai entre les conjoints, & reſpectivement entre eux, & non par rapport aux autres, qui peuvent être parties dans le même contrat ?

On répondra que la droite raiſon veut que tous ceux qui ſont parties dans un contrat de mariage, qui y parlent & qui y ſtipulent, ſe réuniſſent tous dans un même eſprit, enviſagent les mêmes Loix, y parlent le même langage ; & il eſt contre la droite raiſon, que chaque perſonne qui parle dans un contrat, puiſſe dire, après la perfection du contrat, & 30 années après, qu'il a entendu être régi par une autre Loi, que par celle à laquelle on s'eſt ſoumis par le contrat même : le donateur, en donnant, auroit eu la volonté d'adopter les Loix de Toulouſe, & le donataire, en recevant, auroit eu la volonté d'adopter les Loix de Paris. Cela bleſſe le bon ſens, la

Juſtice & la maniere ordinaire de contracter, les parties contractantes étant préſumées porter leurs volontés vers les mêmes Loix, *per locum à communiter accidentibus.*

Ainſi le fils, donataire, ayant voulu être réglé par la Coutume de Paris, l'ayant dit expreſſément, le pere, donateur, eſt préſumé avoir adopté la même Coutume, puiſqu'il n'en a pas invoqué une autre.

La Coutume de Paris n'eſt pas tant même une Coutume adoptée, que la Coutume naturelle des principales parties contractantes, puiſque les deux futurs avoient fixé leur demeure à Paris.

Car c'eſt encore une circonſtance qui influe ſur l'interprétation de leur volonté. La future y avoit ſon domicile naturel & d'origine, & n'en a jamais eu d'autre. Le futur y avoit ſon domicile de fait au jour de ſon mariage; & en accordant qu'avant ſon mariage, ſon domicile de droit fut en Languedoc, il eſt certain qu'au moment de ſon mariage, & de l'émancipation que ſon pere lui accordoit, il a eu la liberté de prendre pour domicile de droit, celui qu'il avoit déja pour domicile de fait; ce qu'il a réellement fait, puiſque ſa femme y a toujours demeuré, & qu'il y a établi le ſiege de ſa fortune.

Ainſi, en accordant que le pere, donateur, eût eu ſon domicile en Languedoc, il n'a pas pu ignorer que le fils à ſon égard, établiſſoit le ſien à Paris; & le voyant ſe ſoumettre à cette Coutume, il a dû naturellement ſe réſerver celle de ſon propre domicile, autrement il eſt préſumé avoir concouru, avec les conjoints, à adopter celle de Paris.

Enfin, ce ſeroit encore une circonſtance très-excellente à relever, ſi le ſieur du R..... donateur, avoit été lui-même domicilié à Paris, comme on en a quelque ſoupçon: car, en ce cas, toutes les parties demeurant à Paris, la Loi *ſi fundus* auroit une application toute entiere, dans le ſyſtême même de Me Ch. du Molin, qui veut que cette Loi doive s'entendre de ceux qui contractent *in loco ſui domicilii.*

A tous ces principes, on en ajoutera encore un autre, qui eſt, que la clauſe *ſi ſine liberis*, peut être regardée comme un mode & une maniere de ſubſtituer. A Paris, ce mode & cette maniere de faire une ſubſtitution, n'eſt regardée que comme une forme propre à faire une ſubſtitution purement conditionnelle.

Or, c'eſt un autre principe, que la forme & la maniere de contracter ſe prennent de la Loi où ſe paſſe l'acte, & tous nos Auteurs concourent dans cette déciſion.

Enfin, il n'eſt pas indifférent de rapporter la Loi 34, *de reg. Jur.* Dans les contrats, il faut d'abord obſerver ce qui eſt clairement & diſtinctement écrit : *ſemper in ſtipulationibus, & in cæteris contractibus, id ſequimur quod actum eſt.*

Or, à ne prendre que les termes de la clauſe, les parties n'ont voulu faire qu'une ſubſtitution conditionnelle, le terme de condition y eſt préciſément marqué, à condition que, &c. Si ces termes pouvoient ſouffrir quelque équivoque, il faudroit, en ce cas, recourir à l'uſage & à la Juriſprudence obſervée dans le lieu du contrat, & qui fixe la valeur des termes : *aut ſi non appareat quid actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in regione in quâ actum eſt frequentatur.* Voilà encore la Loi du lieu du contrat qu'il faut conſulter, & cette Loi eſt, pour réputer la clauſe, une ſimple condition; & enfin quand la Juriſprudence du lieu & l'uſage ſont incertains, la regle eſt qu'il faut ſuivre ce qui eſt moins onéreux, *id quod minimum eſt.*

Or, ſuivant cette regle, il faudroit néceſſairement décider contre la ſubſtitution graduelle & perpétuelle, parce qu'il eſt moins onéreux au donataire de n'être grevé que ſous une condition, que d'être grevé graduellement & perpétuellement; & tel eſt l'eſprit des Loix, qui penchent toujours pour la libération.

Examinons préſentement, quels ſont les moyens que le ſieur Comte du R..... propoſe pour établir le ſyſtême contraire.

Il prétend que la volonté de l'homme pouvant être interprétée diverſement dans une infinité d'occaſions, c'eſt toujours la Loi du pays où les biens ſont ſitués, qui fait cette interprétation; & qu'en quelque pays que l'homme ait parlé, ſi la Loi du pays où les biens ſont ſitués, a prévu le cas, & a déterminé le ſens de la clauſe, ou de l'expreſſion, c'eſt à cette Loi qu'il faut s'en tenir, ſans s'informer ſi dans d'autres pays la même expreſſion recevroit un ſens différent.

Si ce ſyſtême eſt vrai, la conteſtation eſt décidée. M. du R..... a raiſon. On eſt cependant en droit de demander à M. du R..... quelles ſont les autorités ſur leſquelles il prétend

appuyer des déciſions ſi déciſives, ſi générales, ſi uniformes & ſi univerſelles.

Tous nos Auteurs diſtinguent fort entre les diſpoſitions de l'homme & les diſpoſitions de la Loi; au cas de la Loi, elle ſeule agit, elle fait ce qu'elle ordonne, & elle n'a pas beſoin du miniſtere de l'homme, & pour lors, l'homme tient véritablement de la Loi : au ſecond cas, c'eſt l'homme qui agit, & la loi ne fait qu'autoriſer & approuver ; &, en ce cas, l'homme tient de l'homme, ſous l'autorité néanmoins de la Loi.

Quand la Loi donne & agit de ſon autorité, il faut diſtinguer ſi elle agit, en appoſant des défenſes à l'homme de rien faire au contraire, ou ſi elle agit en laiſſant à l'homme la liberté de diſpoſer autrement.

Au premier cas, c'eſt-à-dire, au cas d'une Loi négative prohibitive, l'homme ne ſauroit, par ſa diſpoſition, déranger la Loi, & en empêcher l'exécution. *Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus ſubſecutum qui contrahunt, Lege contrahere prohibente.... ut ea quæ fieri Lege prohibentur, ſi fuerint facta, non ſolùm inutilia, ſed pro infectis etiam habeantur. L. 5, Cod. de Legibus.*

Mais quand la Loi diſpoſe en laiſſant à l'homme la liberté de diſpoſer autrement, pour lors il eſt entierement le maître. La Loi n'eſt occupée qu'à connoître ſa volonté ; & c'eſt de-là que nous vient cette maxime, *diſpoſitio hominis facit ceſſare diſpoſitionem Legis.*

Ainſi, pour que M. du R..... puiſſe tirer quelqu'utilité de ſa Loi, il faut qu'il faſſe voir que, dans le Parlement de Toulouſe, il y a une Loi prohibitive, de mettre, en faiſant une ſubſtitution, les enfants dans la ſeule condition : car, s'il n'y a pas de Loi prohibitive, nous retombons dans la queſtion de ſavoir, quelle a été la volonté de celui qui a fait une pareille ſubſtitution ; & ſi la formule, *ſi ſine liberis*, étant entendue diverſement, on doit préſumer, dans le pere donateur, une volonté d'être plutôt jugé par la Loi de Toulouſe, que par celle de Paris, & dès-lors la Loi 130, *de verb. ſignif.* citée par M. du R.... n'a plus d'application, & on lui oppoſe la Loi 34, ff. *de reg. Jur.* dans la recherche de la volonté. *Si non appareat quod actum eſt, erit conſequens ut id ſequamur quod in*

*regione in qua actum eſt frequentatur*, ſinon il faut ſuivre *quod minimum eſt.*

Ainſi, écartons abſolument la Loi de la ſituation, du moins en tant que l'on voudroit en faire une Loi néceſſaire & déciſive dans la conteſtation; on ne pourroit tout au plus la regarder que comme une circonſtance qui faciliteroit le moyen de trouver la volonté; mais ſi l'on ſe jette du côté des circonſtances, comme celle-ci ſeule n'eſt pas déciſive, & n'eſt pas toujours, ſelon tous nos Auteurs, à conſidérer, que Me Charles du Molin n'a pas cru lui-même qu'elle fît une déciſion néeeſſaire; nous rencontrons une foule de circonſtances qui, toutes réunies, s'élevent contre l'interprétation de Toulouſe, & donnent la préférence à celle de Paris.

M. du R.... cite différentes eſpeces, où il prétend qu'il faut ſuivre la Loi de la ſituation, & c'eſt préſentement à quoi il faut répondre.

» Le Parlement de Toulouſe, dit-il, a toujours jugé que » lorſqu'une ſubſtitution eſt faite en ligne directe, ſi le ſubſ- » titué meurt avant l'héritier grevé, il tranſmet l'eſpérance » de la ſubſtitution à ſes deſcendants. « Cette déciſion n'eſt fondée que ſur l'interprétation de la volonté de l'homme; car on préſume, ſuivant la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe, qu'un pere qui fait une telle diſpoſition en faveur de ſes enfants, a voulu, pour la conſervation de ſa famille, que ſi celui qui eſt appellé nommément, décede avant l'échéance de la ſubſtitution, il en tranſmette l'eſpérance à ſes deſcendants. On juge le contraire dans pluſieurs autres pays.

Or, ſi le teſtateur, ou le donateur, étoit domicilié hors le reſſort du Parlement de Toulouſe, ou qu'il fît ſon teſtament dans un autre pays, diroit-on que la Loi n'eſt pas réelle, ſous prétexte qu'elle ne regarde que l'interprétation de la volonté de l'homme?

On peut répondre à ce raiſonnement, qu'il ne faut pas confondre la diſpoſition teſtamentaire, avec la diſpoſition entre vifs. Dans la diſpoſition teſtamentaire, le teſtateur parle ſeul, il ne contracte avec perſonne; & il eſt aſſez naturel de préſumer qu'en diſpoſant, il a voulu s'accommoder aux Loix de la ſituation, dès qu'il n'a pas marqué plus expreſſément ſes intentions; & cela eſt même de la regle, parce que, dans les teſtaments, on ne peut pas empêcher que les Loix ne ſoient

exécutées ; & ſi ces Loix ne ſont pas prohibitives, il faut du moins qu'il paroiſſe, par le teſtament, une volonté bien marquée du contraire.

Mais dans une diſpoſition entre vifs, & qui intéreſſe pluſieurs perſonnes qui contractent toutes enſemble, il faut qu'elles ſe réuniſſent dans une même volonté.

Or, le point eſt de voir de quelle Loi la volonté prendra ſon interprétation, & ſi les circonſtances décident pour une Loi plutôt que pour une autre, pour celle du contrat plutôt que pour celle de la ſituation. C'eſt à cette Loi, comme Loi de choix & de volonté, qu'il faut déférer du moment que la Loi de la ſituation n'eſt fondée que ſur la volonté, & n'eſt pas prohibitive de telle & de telle volonté.

M. du R... oppoſe un ſecond exemple. Le Parlement de Toulouſe a toujours jugé que la quarte trébellianique ne peut être prohibée aux enfants & deſcendants qu'en termes exprès, & qu'il n'y a pas de termes que l'on puiſſe, en pareil cas, regarder comme équipolents : dans pluſieurs autres pays, on juge le contraire ; c'eſt encore une queſtion de volonté.

Or, dira-t-on, en pareil cas, qu'il faut examiner, ſoit la Loi, ſoit l'uſage de Paris où le teſtateur avoit ſon domicile, ſoit la Loi du pays où il a fait ſon teſtament.

M. du R... place toujours ſes arguments dans le cas d'un teſtament : nous venons d'y répondre ; nous ajouterons que, dans cette eſpece, nous adoptons volontiers la négative ; mais de-là il ne s'enſuit rien qui puiſſe fonder le ſyſtême de M. du R... En effet la Loi de Toulouſe. comme celle de tous les pays de droit écrit, donne aux enfants la quarte trébellianique, comme une portion des biens du pere que les enfants ont droit de retenir, lorſqu'ils ſont grevés de ſubſtitution. Ainſi voilà une Loi qui diſpoſe *primariò & directè* des biens, qui veut que les enfants puiſſent en retenir une partie. C'eſt une eſpece de double légitime qu'elle leur accorde, & il n'y a rien de plus réel que cette diſpoſition.

A l'occaſion de cette diſpoſition pure réelle, le Parlement de Toulouſe a adopté une Juriſprudence prohibitive : elle ne veut pas que la quarte trébellianique puiſſe être prohibée qu'en termes exprès ; il faut obéir à cette Juriſprudence, parce qu'elle fait Loi aux biens, & qu'elle eſt prohibitive.

Mais il n'en eſt pas de même d'une ſubſtitution faite *ſi ſine*

*liberis*. Le Parlement de Toulouſe n'a pas défendu de ne mettre les enfants que dans la condition : ainſi quand le teſtateur ou le donateur a voulu qu'ils ne fuſſent que dans la condition, ſa volonté doit être exécutée. Or, quand un homme ſubſtitue ailleurs que dans le Toulouſain, le Parlement de Toulouſe eſt obligé de chercher qu'elle peut être cette volonté; parce que la Juriſprudence de Toulouſe admettant une volonté qui peut vouloir l'un, & peut vouloir l'autre, il eſt juſte qu'elle recourre à ce qui en eſt effectivement, quand les circonſtances ſont telles qu'elles font préſumer une volonté plutôt qu'une autre.

On l'a dit ci-deſſus; le point déciſif en cette matiere eſt de diſtinguer les Coutumes prohibitives d'avec les autres.

Dans les premieres, l'homme a une incapacité réelle pour certaines choſes; mais, dans les autres, ſa volonté eſt libre, il peut vouloir ou ne vouloir pas, vouloir d'une maniere, ou vouloir d'une autre; & par conſéquent il faut chercher ſa volonté dans les circonſtances, s'agiſſant d'une matiere conjecturale.

M. du R... allegue une troiſieme eſpece. On a toujours jugé, dans le reſſort du même Parlement, que quand un pere eſt chargé de rendre en général à ſes enfants, il peut en choiſir un, au préjudice des autres. Dans d'autres pays, on diſpute ſur cette queſtion. C'eſt encore une queſtion de volonté; car le teſtateur pouvoit permettre de choiſir ou de ne point choiſir, de choiſir l'un plutôt que l'autre; & le Parlement de Toulouſe préſume que, dans ſa diſpoſition, il a voulu accorder cette permiſſion. Or, quand les biens ſont ſitués dans le reſſort du Parlement, dira-t-on qu'il faut examiner ſi cette préſomption eſt admiſe dans le pays où la diſpoſition a été faite?

M. du R... pour décider un procès, en propoſe pluſieurs autres à décider; mais enfin, ſur cette troiſieme eſpece, le Conſeil ſouſſigné eſtime que les principes n'exigeroient pas de ſuivre néceſſairement l'uſage & la Juriſprudence de la ſituation, s'il eſt vrai que, ſur cette queſtion, la Juriſprudence différente exiſte, & ne ſoit fondée que ſur l'interprétation de la volonté, parce que, dès qu'il s'agira d'interprétation de la volonté, c'eſt une matiere conjecturale qui eſt toute dans les circonſtances, & il pourroit y avoir tant de circonſtances réunies pour la Loi du

du contrat, ou pour la Loi du domicile, qu'il ne ſeroit pas poſſible d'en ſuivre d'autres.

D'ailleurs il eſt important de ſavoir comment le Statut ſeroit conçu; car dans les pays où il eſt décidé que le pere grevé de rendre à ſes enfants, ne peut en choiſir un d'entr'eux, la Loi eſt prohibitive; c'eſt une incapacité particuliere & réelle que la Loi prononce au ſujet des biens.

Au contraire, ſi le Statut n'eſt pas prohibitif, en ce cas, nous retombons dans les principes généraux qui en remettent la déciſion aux circonſtances, du nombre deſquelles eſt le lieu du contrat.

Ainſi, dans l'eſpece oppoſée par M. du R... il faut conſidérer ſi le pere étant chargé de rendre à ſes enfants, la Loi de la ſituation lui permet de choiſir, ou le lui défend. Dans ce dernier cas, c'eſt un Statut prohibitif qui affecte la choſe. Au premier cas, c'eſt une permiſſion, & les Juges, par rapport à des perſonnes qui ſont domiciliées ailleurs, ou qui diſpoſent ailleurs, ſont obligées d'entrer dans l'examen, ſi telle eſt leur volonté; ce qui s'eſtime par les circonſtances.

Cette déciſion eſt plus indiſpenſable dans les contrats, parce qu'il faut pénétrer les intentions des parties, & les réduire à un point de concordance; ce qui dépend encore entiérement des circonſtances.

L'Edit des Archiducs Albert & Iſabelle qui a décidé que les enfants qui ſont dans la condition, ſont dans la diſpoſition, forme, dans la conteſtation, une pétition de principe; car il eſt toujours queſtion de ſavoir ſi cette diſpoſition des Archiducs auroit lieu, par rapport à des domiciliés ailleurs, & l'on eſtime que cet Edit n'étant fait que pour fixer les doutes réſultants de la volonté, ſans prohiber à ceux du lieu même de marquer qu'ils n'entendent faire qu'une condition; cette Loi ne peut être regardée que comme fixant la valeur des termes. Fixation qui fait Loi pour ceux qui ſont domiciliés ſous la Loi, & qui y diſpoſent; mais qui ne ſauroit empêcher que des non domiciliés, ou qui contractent ailleurs, n'emploient ces termes dans la ſignification qu'ils ont dans le domicile, ou dans le lieu du contrat, parce que chacun eſt préſumé employer les termes dans la ſignification qu'ils ont parmi ceux où ils ſont actuellement, puiſque c'eſt des Officiers du lieu qu'ils en reçoivent l'interprétation. D'ailleurs, c'eſt ici une formule

qui ne peut être entendue que comme on l'entend dans le lieu ; & par conſéquent la volonté des parties étant connue, il n'eſt pas poſſible qu'elle n'ait pas lieu dans la Coutume de la ſituation qui n'eſt pas prohibitive.

L'argument tiré de la légitime eſt très-foible, parce que des parties qui parlent de légitime en général, ſans la déterminer, ont dans l'intention de ſe référer aux Loix de la ſituation : la raiſon en eſt que les droits de légitime ſont des droits réels, & celui qui parle en général de légitime, a en vue celle de chaque Coutume de la ſituation, parce que, dans ce cas, il ne diſpoſe pas & s'abandonne aux différentes Loix de la ſituation.

Mais un homme qui fait une ſubſtitution, diſpoſe, & c'eſt le cas de diſcuter quelle eſt ſa volonté, & de chercher à la connoître, & cette volonté doit être modelée par les principes qui ont été expliqués ci-devant.

Madame de L... a employé, entre différents moyens, celui-ci qui eſt que le contrat de mariage a été paſſé ſous le ſceau du Châtelet qui eſt attributif de Juriſdiction, & que celui qui ſe ſoumet à un Tribunal pour l'exécution d'un acte, doit préſumer que le juge auquel il ſe ſoumet, entendra l'acte, comme il l'entendroit dans toutes les autres affaires, & qu'il lui donnera l'effet qu'il lui donne ordinairement dans ſa Juriſdiction.

M. du R... répond qu'il s'enſuivroit de-là que tous les procès dépendroient de ſavoir en quelle Juriſdiction la conteſtation ſera portée, ſans avoir égard à la ſituation des biens, ni au domicile des parties; mais M. du R... n'a pas bien pris ſa penſée. On ne prétend pas que la ſituation, ni le domicile des parties ne puiſſent être, en aucun cas, des raiſons de décider, dès que la cauſe ſera portée dans un autre Tribunal ; ce ſeroit heurter les principes les plus connus en cette matiere, & une diſpoſition préciſe écrite dans l'Ordonnance des Evocations.

Mais le moyen de Madame de L... eſt que, s'agiſſant ici d'un contrat paſſé ſous le ſceau du Châtelet attributif de Juriſdiction, les parties ayant ſu par conſéquent que leurs conteſtations, s'il en ſurvenoit, ſeroient portées au Châtelet, & ne s'agiſſant au fond que de l'interprétation d'un contrat, il eſt contre la droite raiſon de dire que, dans une matiere pure conjecturale, qui ne dépend pas de la réalité, puiſqu'il n'eſt queſtion que de ſavoir ſi le donateur a voulu une ſubſtitution graduelle ou pure conditionelle, les parties aient voulu aſſer-

vir l'interprétation du Juge à des Loix étrangeres, & qui ne ſont pas en uſage dans l'étendue de la Juriſdiction ; &, en combinant toutes les raiſons alléguées ci-deſſus, on croit être parvenu en faveur de Madame de L... juſqu'à l'évidence & la conviction.

Délibéré à Paris les 10, 11, 12, 13 & 14 Août 1734.

Cette grande queſtion a été depuis jugée par Sentence des Requêtes du Palais, du 21 Août 1734, en faveur de Madame de L....

Mais y ayant eu appel, & l'affaire ayant été diſtribuée en la ſeconde Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Montholon, la Sentence fut infirmée, & on décida en faveur du Marquis du R... contre Madame de L....

Sur l'appel, j'ai reconnu par les Mémoires des parties que, ſans abandonner leur ſyſtême ſur la queſtion générale que nous venons de traiter, & que chacune d'elles a ſoutenu lui être favorable, M. le Marquis du R... a frappé vivement, 1°. ſur ce que la ſubſtitution étoit faite, *ſi ſine liberis maſculis* ; 2°. ſur ce qu'elle étoit faite par un pere d'une ancienne Nobleſſe très-diſtinguée ; 3°. ſur ce que l'uſage de la maiſon étoit de faire pareilles ſubſtitutions ; il a ramaſſé toutes ſes forces pour montrer que c'étoit le cas de juger la ſubſtitution graduelle.

Je ne ſaurois donc aſſurer que, par l'Arrêt dont je vais parler, qui a infirmé cette Sentence, la Cour ait jugé la queſtion générale, & ait voulu terminer le combat d'entre la Juriſprudence du Parlement de Paris, & celle du Parlement de Toulouſe, dans le cas d'une ſubſtitution faite *ſi ſine liberis* purement & ſimplement, &, ſelon moi, les moyens que l'on alléguoit pour la theſe particuliere, étoient déciſifs, & ſoit à Paris, ſoit à Toulouſe la ſubſtitution devoit être jugée graduelle.

Mais, à l'égard des moyens propoſés pour faire rejetter dans la theſe générale la Loi du contrat, & pour faire accorder la préférence à la Loi de la ſituation, ils pouvoient, ſelon moi, ſouffrir des réponſes très-ſolides. Voici quels furent ces moyens.

On obſervoit d'abord que, ſelon M^e Charles du Molin, le contrat de mariage eſt toujours cenſé paſſé au lieu du domicile du mari. *Hinc infertur ad quæſtionem quotidianam de contractu dotis, & matrimonii, qui cenſetur fieri non in loco contractûs, ſed in loco domicilii viri.* Et on prétendoit que le domicile du fils étoit à Toulouſe, ſon pere y demeuroit, il étoit ſous la

puiſſance paternelle, n'ayant été émancipé que par le mariage, & il lui avoit été accordé la ſurvivance d'une charge militaire à exercer en Languedoc : cependant on ne nioit pas que, dans le fait, le fils étoit demeurant à Paris, il y avoit pluſieurs années, qu'il étoit dans l'intention d'y fixer ſon domicile avec ſa femme qui y étoit déja domiciliée, & qu'il l'y avoit effectivement fixé, y étant reſté encore pluſieurs années ; il lui étoit libre de ſe choiſir un domicile, puiſqu'il étoit émancipé par ſon contrat de mariage. On ne peut donc pas révoquer en doute que le domicile du mariage fût à Paris.

On obſervoit, en ſecond lieu, qu'en ſuppoſant le domicile à Paris, la déciſion de Me Charles du Molin, qui déféroit à la Loi du domicile les droits des parties, n'avoit lieu que par rapport aux droits perſonnels des mariés & autres qui ont parlé dans le contrat de mariage, & que, lorſqu'il s'agit de choſes réelles, il falloit ſuivre la Loi de la ſituation.

Pour le ſoutien de cette propoſition, on diſoit que Me Ch. du Molin décide, à la vérité, que le mari gagne la dot de ſa femme mobiliaire ou immobiliaire, en lui ſurvivant, & cela pour la portion preſcrite par la Loi du domicile du mari ; mais que Me Charles du Molin ne le décide ainſi que parce qu'il admet un pacte tacite entre les parties, *in vim taciti pacti ad formam Statuti ;* & il dit que ce mari doit obtenir le gain de ſurvie, tant contre ſa femme & ſes héritiers, que contre le pere & la mere de ſa femme.

Or, ajoutoit-on, dès que Me Charles du Molin admet un pacte tacite, il reconnoît dès-lors que le Statut, qui fait gagner au mari la dot de ſa femme, eſt perſonnel, & que c'eſt plutôt une convention tacite qu'un Statut ; mais, dans l'eſpece de la conteſtation, on ne pouvoit pas imaginer une ſoumiſſion tacite à la Coutume de Paris.

De plus, la déciſion de Me Charles du Molin ne regarde que le mari vis-à-vis des héritiers ou des pere & mere de ſa femme, ce qui n'a pas ici d'application. Notre eſpece eſt d'un pere qui dote ſon fils, & qui, du fond du Languedoc, fait entendre ſa voix à Paris, par le miniſtere d'un Procureur. Il s'agit d'interpréter ſa volonté rélativement aux biens mêmes dont il diſpoſe, & qui ſont auſſi ſitués en Languedoc.

Mais ne répondroit-on pas efficacement à tous ces moyens, en obſervant que ſi Me Charles du Molin parlant des gains

de ſurvie, ne les regarde que comme des droits perſonnels fondés ſur la convention tacite qu'il faut régler par les Loix du domicile du mari; & s'il eſt vrai encore que ces droits, quoique perſonnels, s'étendent, comme il le dit lui-même, *ad bona immobilia dotis, etiam ſita extra fines & territorium*, il faut, ſelon Me Charles du Molin, en dire, à plus forte raiſon, de même d'une convention ſujette à interprétation, & avouer que cette interprétation qui ſe prend de la vraiſemblance & de la préſomption, ainſi que la convention tacite, n'eſt pas toujours dépendante de la ſituation des biens, & peut ſe prendre *ex loco contractûs, vel domicilii mariti*, ſelon les circonſtances.

C'eſt un pere, ajoute-t-on, qui, du fond du Languedoc, fait entendre ſa voix à Paris par le miniſtere d'un Procureur; mais ce pere ne parle pas tout ſeul comme dans un teſtament. Il parle vis-à-vis ſon fils & vis-à-vis ſa bru; il contracte avec eux, il ſe forme un engagement réciproque; ce pere donne ſous des conditions, le fils reçoit ſous ces conditions; mais ces conditions doivent être entendues des parties dans un ſens uniforme. C'eſt l'uniformité du ſens qui forme le contrat: or, ce pere qui parle à Paris, qui parle à un fils demeurant à Paris depuis long-temps, & qui a un deſſein formé d'y établir un domicile fixe & permanent, qui parle à une bru qui y eſt domiciliée, & dont l'intention eſt de concert avec ſon futur, d'y continuer ſon domicile, un pere qui rédige ſes conventions par le miniſtere d'Officiers inſtruits de la Juriſprudence de Paris, qui ne parle que le langage de Paris, & celui des Officiers qu'il emploie, n'eſt pas préſumé avoir porté ſes idées vers une Juriſprudence particuliere du lieu de la ſituation que peut-être il ignore lui-même, & qu'il auroit inconteſtablement expliquée dans le contrat, s'il étoit poſſible de préſumer qu'il l'eût eu dans la penſée; qui l'empêchoit en effet d'ajouter ces termes: » voulant que ladite ſubſtitution ait » lieu conformément à la Juriſprudence du Parlement de Tou»louſe ?« S'il ne l'a pas dit, la préſomption eſt qu'il n'a pas connu la différence des deux Juriſprudences; mais la préſomption naturelle eſt en même-temps qu'il a été inſtruit & informé de celle du lieu où il contractoit, & de la Juriſdiction à laquelle il ſe ſoumettoit.

Car, il ne faut pas s'y tromper, ce n'eſt pas ici un pere

qui envoie une procuration détaillée, & qui fixe lui-même les conventions ; c'eſt un pere qui envoie une procuration *cum libera & omnimoda poteſtate ;* le Procureur choiſi eſt entiérement le maître des conventions, & c'eſt à Paris que le tout ſe paſſe.

On oppoſoit encore qu'il s'agit ici d'une ſubſtitution contractuelle qui a trait à la mort ; que la Dame de L... convient dans ſes écritures, que pour expliquer les diſpoſitions de derniere volonté, il faut avoir égard à la Loi du domicile de celui qui les a faites. Or, cette maxime, diſoit-on, devoit être commune aux diſpoſitions de derniere volonté, faites par quelque acte que ce ſoit, révocable, tel qu'un teſtament, ou irrévocable, tel qu'eſt un contrat de mariage, & qu'il eſt impoſſible de trouver, entre ces deux actes, d'autre différence que l'irrévocabilité & la forme extérieure.

Mais en accordant que la Dame de L.... ait avancé la propoſition que l'on vient d'expoſer, ne pourroit-on pas répondre que la différence eſt toute ſenſible entre un teſtament & un contrat de mariage, quant à l'objet de la conteſtation ? Dans un teſtament, le teſtateur parle ſeul, & on préſume aſſez volontiers qu'il connoît mieux les Loix de ſon domicile, que toutes les autres ; mais dans un contrat de mariage, on n'écrit qu'après que les parties ſont convenues : il faut qu'elles s'entendent l'une & l'autre. On préſume donc qu'elles ſe ſont expliquées, mais comment ? Voilà le point. En s'expliquant, les parties ont été inconteſtablement inſtruites de la Juriſprudence du lieu où elles contractoient, & l'on ne voit pas, dans l'eſpece, qu'elles l'aient été de la Loi de la ſituation, parce que dans le combat des deux Juriſprudences, on ne préſumera jamais qu'on ne l'eût pas fait ceſſer par une clauſe préciſe.

La Loi du domicile du teſtateur, diſoit-on encore, regle, à la vérité, ſa capacité, ou incapacité perſonnelle ; mais le Statut qui tranſmet aux enfants, mis dans la condition d'un fidei-commis, les biens ſubſtitués, eſt un Statut réel, qui affecte directement les biens.

A quoi l'on pouvoit répondre, que le Statut qui diſpoſe des acquêts dans une ſucceſſion *ab inteſtat*, eſt un Statut réel qui dirige les biens ; mais ſi le teſtateur en diſpoſoit d'une maniere qui fût ſuſceptible d'interprétation, il faudroit examiner deux choſes.

La premiere, ſi la Loi veut quelque choſe, avec faculté néanmoins à l'homme de vouloir autrement ; la ſeconde, ce que le teſtateur a préſomptivement voulu : que ſi quelque choſe qu'il ait voulu, il ne pouvoit heurter une Loi prohibitive, il faut pour lors ſe renfermer à diſcuter uniquement quelle a pu être ſa volonté.

Or, la Juriſprudence de Toulouſe eſt, à la vérité, une eſpece de Statut réel ; mais qui n'eſt pas prohibitif de la volonté de l'homme. Si l'homme a diſpoſé, il faut conſulter ſa volonté, & nous retombons toujours dans l'interprétation de la volonté.

On citoit de la part de M. le Comte du R.... l'Arrêt rendu en 1728, au rapport de M. l'Abbé Pucelle, ce grand Magiſtrat, que nous avons perdu à l'âge d'environ quatre-vingt-dix ans, & que le public a regretté, comme étant mort encore trop tôt. Cet Arrêt, rendu au profit de Madame la Ducheſſe d'Harcourt, a jugé la tranſmiſſion d'un fidei-commis, conformément à la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe ; mais cet exemple ne concluoit rien pour notre queſtion : le domicile du teſtateur, & les choſes ſubſtituées, étoient à Toulouſe, le teſtament y avoit été fait, & tout ſe réuniſſoit pour la Loi de la ſituation ; il n'étoit pas queſtion d'un contrat, ce n'étoit que par occaſion de procédure que l'affaire avoit été portée au Châtelet de Paris, renvoyée aux Requêtes du Palais, &, par appel, en la Grand'Chambre. Eh ! où étoit la difficulté dans cette eſpece ?

Mais dans la queſtion que nous agitons, c'eſt un contrat paſſé à Paris, par un pere qui y envoie ſa procuration pour y paſſer ce contrat, qui ne preſcrit rien, & donne un pouvoir général. Ce contrat eſt avec un fils domicilié de fait à Paris, & qui étoit déterminé à y fixer ſon domicile ; il eſt paſſé avec une bru auſſi domiciliée à Paris ; ce ſont des Officiers de Paris qui en rédigent la clauſe ; tout concouroit pour la Juriſprudence de Paris, parce qu'il s'agiſſoit d'interpréter la volonté d'un donateur, qui ne paroiſſoit pas avoir voulu que l'on donnât à la clauſe d'autre force & d'autre ſignification, que celle qu'elle portoit dans le lieu même du contrat.

On oppoſoit encore que quand il y a une Loi préciſe qui détermine le ſens de certaines clauſes, on ne diſpute plus ſur la préſomption. Ainſi le droit Romain a décidé que lorſqu'un

teſtateur inſtitue ſon fils héritier, & qu'il le charge de ſubſtitution, il faut toujours ſous-entendre la clauſe, *ſi ſine liberis :* avant la Loi, c'étoit une queſtion de volonté ; depuis la Loi, ce n'en eſt plus une.

Avant la Loi, pourſuit-on, c'étoit une queſtion de volonté, que de ſavoir ſi les donataires étoient révoqués par la Sentence, ce n'en eſt plus une.

Avant l'*art.* 18 de l'Edit perpétuel des Archiducs Albert & Iſabelle, fait pour les Provinces qui étoient alors ſous leur domination, c'étoit une queſtion de volonté, que de ſavoir ſi les enfants, mis dans la condition d'une ſubſtitution, étoient dans la diſpoſition ; mais depuis l'Edit, il ne faut plus diſcourir ſur des préſomptions.

Tous ces raiſonnemenrs portent à faux : on ne diſpute plus effectivement de la volonté, lorſqu'il y a une Loi préciſe qui détermine cette volonté, & que cette Loi eſt univerſelle, & pour tout pays, ou quand étant établie dans un endroit, elle eſt ſi juſte & ſi ſage, qu'il y a lieu de l'admettre ailleurs, où il n'y a pas de Loi déterminée : car pour lors on ſuppoſe que la volonté de l'homme a été de vouloir ce qui étoit de plus ſage & de plus conforme à l'équité & au vouloir ordinaire des hommes.

Mais quand une Loi eſt purement arbitraire, qu'elle eſt dans un lieu différente de celle qui ſe pratique dans un autre, & que cette Loi n'eſt pas prohibitive ; il eſt permis pour lors de chercher la volonté de l'homme qui a diſpoſé, de recourir aux préſomptions, parce qu'ayant pu vouloir l'un comme l'autre, il faut examiner ce qui plus vraiſemblablement a été dans ſa volonté.

C'eſt ainſi que M^e Charles du Molin prétend que des futurs conjoints qui, au jour de leur mariage, ſont domiciliés en différents endroits, ont plus vraiſemblablement adopté les Loix du domicile du mari, que celles du domicile de la femme, & qu'en conſéquence de cette préſomption, il eſtime que le mari gagnera une partie de la dot de ſa femme, même celle qui conſiſte en immeubles, conformément à la Loi de ſon domicile, *ad formam Statuti domicilii viri.*

Selon M^e Charles du Molin, une volonté préſumée peut l'emporter ſur la diſpoſition réelle de la ſituation des biens.

Ainſi la volonté n'eſt pas toujours préſumée conforme à la Loi de la ſituation.

Il faut donc recourir aux conjectures, & dans l'hypotheſe dans laquelle on me reſtreignit, tout ſe réuniſſoit à ſe ranger du côté de la Juriſprudence de Paris.

Enfin, pour dernier moyen, on expoſoit que la ſucceſſion du ſieur Comte de R... étoit ouverte en Languedoc; que c'étoit-là où ſe devoit faire le partage; que c'étoit ici une attribution de Juriſdiction, & une évocation générale qui exigeoient que les queſtions fuſſent jugées ſelon les Uſages & les Coutumes des lieux d'où elles ont été évoquées.

Mais à cela on pouvoit répondre qu'à Toulouſe même on auroit dû juger la queſtion générale, ſelon la Juriſprudence du Parlement de Paris à cauſe du concours des différentes circonſtances.

Enſorte qu'à Toulouſe il n'auroit pas dû être queſtion de la Loi réelle de Toulouſe, mais de la convention & de la volonté des parties; volonté qui ne heurtoit pas une Loi prohibitive, étant certain que la Loi de Toulouſe n'eſt pas prohibitive de toute diſpoſition contraire, & eſt diſpoſée à céder à la volonté de l'homme.

Je finirai par une Obſervation que m'a envoyé M. le Préſident Deſpiard, qui eſt que, dans une donation, il faut principalement conſulter la volonté de celui qui donne; le donataire ne fait que ſe ſoumettre & acquieſcer. Ce Magiſtrat m'a cité Faber, au *C. L.* 8, *tit.* 38, *def.* 21, où cet Auteur, dans l'eſpece d'un donataire qui étoit mort avant le donateur, & où il s'agiſſoit de ſavoir ſi, n'étant pas fait mention dans la donation des héritiers du donataire, la choſe donnée devoit retourner au donateur, dit effectivement, *æquum eſt ex donantis voluntate fieri interpretationem, cum ab eo proficiſcatur liberalitas, nec aliud quicquam ex parte donatarii interveniat, niſi quod agnoſcit & ſuſcipit liberalitatem.... Non enim contrahit, ſed tantùm voluntati alterius acquieſcit;* & plus bas dans la Note 4, il en donne cette raiſon, *ne alioqui actio operetur contra vel ultra intentionem agentis, quod eſſe non poteſt. L. Non omnis*, 19, *ff. de reb. creditis.* Déciſion que Cancerius, en ſes Réſol. *lib.* 1, *de Donationibus*, *n.* 47, a miſe en uſage.

Mais de-là il réſulte ſeulement que, dans une parité de circonſtances, l'interprétation d'une donation ſe prend plus naturellement de la volonté préſumée de celui qui donne,

quand il s'agit de ſon intérêt perſonnel, qui eſt l'eſpece préciſe, à l'occaſion de laquelle Faber a parlé, comme il a fait ci-deſſus; mais quand il y a incertitude ſur la volonté du donateur, qu'il ne s'agit pas de ſon intérêt perſonnel, que les circonſtances peuvent déterminer pour un parti plutôt que pour un autre, & que la Loi de la ſituation eſt ſuſceptible de toutes ſortes de volontés de l'homme, il ſemble qu'il faut céder au plus grand concours des circonſtances, & déterminer la volonté du donateur par ces circonſtances.

## CHAPITRE III.

### *Des conventions qui concernent la diverſité des Loix, quant aux formalités des actes, pour le cas où l'on change de domicile.*

NOUS avons fait voir, dans la partie précédente de ce Traité, que les particuliers ne pouvoient, par aucune convention, déroger au droit public, ni aux formes & ſolemnités preſcrites pour la confection des actes. Nous avons pareillement montré, dans le titre précédent, que, lorſqu'un acte avoit été une fois revêtu de toutes ſes formes, le changement de domicile, dans un lieu où cette forme n'eſt pas obſervée, ne donnoit aucune atteinte à l'acte valablement fait, d'où il ſuit qu'il n'y a pas lieu d'agiter ſi, par des conventions, on peut ſe précautionner contre la diverſité du droit que le changement de domicile peut faire naître, par rapport à la ſolemnité des actes. C'eſt pourquoi paſſons promptement au Chapitre ſuivant.

## CHAPITRE IV.

*Des conventions faites pour obvier, en ce qui regarde le fonds & la ſubſtance des actes, à la contrariété qui pourroit ſe rencontrer entre les Loix de l'ancien & du nouveau domicile.*

NOUS avons dit ci-devant que les conventions faites pour ſe précautionner contre la contrariété des Statuts perſonnels, étoient valables, pourvu qu'elles fuſſent autoriſées par les Loix du lieu auquel la perſonne eſt ſoumiſe, au moment qu'elle contracte ou qu'elle aliene. Il en eſt autrement des Statuts réels; car les conventions matrimoniales qui dérogent à ces Statuts, ne peuvent avoir lieu qu'autant que les Loix de la ſituation des biens ne s'oppoſent pas à la validité de ces conventions. Que dirons-nous donc dans le cas où, par le contrat de mariage de deux Hollandois, il auroit été convenu que chacun d'eux pourroit, pendant le mariage, s'avantager quand bon lui ſembleroit, & que depuis ils euſſent tranſporté leur domicile à Utrecht, où tous avantages entre conjoints, même par teſtament, ſont défendus, & que là s'étant inſtitué héritiers l'un de l'autre, un des deux y fut décédé? Cette diſpoſition teſtamentaire vaudra-t-elle, quant aux choſes mobiliaires? car, quant aux immeubles, nous avons prouvé ci-devant que c'eſt la Loi de la ſituation qui doit en décider, & il ne ſemble pas que cette diſpoſition puiſſe valoir? car étant nulle par la Loi du domicile actuel, comment peut-on la faire valoir en vertu de quelque convention que ce ſoit? La déciſion de cette queſtion dépend en effet de ce que nous avons dit ci-devant, que c'eſt la même choſe de faire certaines conventions dans le temps qu'elles ſont défendues, ou d'en remettre l'exécution à ce temps-là même, & la circonſtance que les conjoints pouvoient ſe faire cet avantage dans leur ancien domicile, ne peut, en aucune maniere changer la déciſion. Mais que dira-t-on ſi les conjoints s'étoient réellement

fait quelque avantage dans le temps qu'ils demeuroient en Hollande, & que le mari depuis eût tranſporté ſon domicile à Utrecht, & y fût décédé ? & je répondrois encore que cet avantage n'auroit pas lieu ; car, comme c'eſt le temps du décès qu'il faut conſidérer pour décider ſi les conjoints ont été capables de ſe donner, la donation, pour avoir été faite en Hollande par les conjoints, dans le temps qu'ils y demeuroient, ne pourroit pas pour cela ſe ſoutenir, & c'eſt préciſément par rapport à la ſubſtance, & à la formalité des actes que nous avons dit que la perſonne ne pouvoit empêcher que les Loix euſſent lieu dans ſon teſtament.

# PIECES JUSTIFICATIVES.

*Pour la page 236 du premier Volume.*

LES SOUSSIGNÉS, Avocats au Parlement de Dijon, certifient qu'en Bourgogne les faits & articles qui ne ſont pas décidés par la Coutume, ſe jugent ſelon la Loi Romaine ; c'eſt pourquoi, lorſqu'il s'agit de ſavoir ſi les dégrés appoſés au fidei-commis & ſubſtitution ſont purifiés, l'on compte leſdits dégrés par ſouches & générations, & non par têtes ; enſorte que ſi pluſieurs freres ſont appellés à un fidei-commis, & qu'ils l'appréhendent ſucceſſivement, néanmoins ils ne ſont tous enſemble qu'un ſeul & unique dégré ; tellement que les héritiers grevés de ſubſtitution, ne peuvent diſpoſer deſdits biens, ſinon après quatre générations écoulées. Ce qui a été jugé & pratiqué au Parlement, même depuis l'Ordonnance de mil ſix cent vingt-neuf, quoique vérifiée en icelui, mais avec modification ; laquelle Ordonnance ne s'obſerve point audit Parlement.

Nous certifions auſſi qu'en matiere de ſubſtitution, l'ouverture en eſt toujours faite au profit du plus prochain à l'héritier grevé de ſubſtitution ; l'oncle excluant le neveu, & la tante la niece, repréſentation n'ayant point lieu en matiere de ſubſtitution : ce qui s'obſerve & juge inviolablement dans toutes les Juriſdictions dudit Parlement. Fait à Dijon, le vingt-neuvieme du mois de Juin mil ſix cent cinquante & un. Ainſi ſigné, Calon, Gigot, N. Harbet, Durand, Colin, Lebeu, Quarré, Galoche, E. Dorge, B. Euvrard, A. Regnaut, Puiſné, Fordoille, Arviſenet, Bichot, Brechillet, Joly, S. Midam, Degobillon, Malpey, Davignon, J. Bouchardet, Poyvre, B. Boulier, Devoyo, P. Le Belin, & Bauldot. CLAUDE GAILLARD, Conſeiller du Roi, Lieutenant-Général & Commiſſaire Examinateur au Bailliage de Dijon, Siege principal, certifions & atteſtons à tous qu'il appartiendra, que tous les ſouſſignés en l'acte ci-deſſus, ſont Avocats au Parlement de Bourgogne ; en témoin de quoi nous nous ſommes ſouſſignés,

fait ſigner au Greffier de cette Cour, & fait appoſer le ſcel ordinaire dudit Bailliage, le deuxieme Juillet mil ſix cent cinquante & un.

*Signés*, GAILLARD & MALET.

*Collationné à l'original, par moi, Conſeiller & Secrétaire du Roi, Maiſon & Couronne de France & de ſes Finances.*

GALLONS.

---

*Pour la même page 236 du premier Volume.*

JACQUES GROZELIER, Conſeiller & Lieutenant-Criminel au Bailliage, à Beaune, pour l'abſence du ſieur Lieutenant-Civil en icelui; ſavoir faiſons, que ce jourd'hui Samedi dix-ſeptieme du mois de Juin mil ſix cent cinquante & un, judicialement à la tenue des plaids dudit Bailliage, pardevant nous, a comparu Maître François Virely, Procureur de Dame Marguerite Chabot, Ducheſſe d'Elbeuf, Comteſſe de Neublanc, Liſlebonne, Charny & Couchey, lequel nous a remontré qu'au procès évoqué au Parlement de Rennes en Bretagne, entre ladite Dame & Dame Françoiſe de Monteſſus, au ſujet deſdites terres de Charny & Couchey, données à Meſſire Philippe Chabot, Amiral, & Eléonor Chabot, ſon fils, Grand-Ecuyer de France; leſdites terres chargées de ſubſtitution, au profit de François Chabot, ſon fils, & à ſes trois mâles, au défaut deſquels leſdites terres devoient paſſer, par même droit de ſubſtitution, aux filles dudit Eléonor, lequel en ayant joui, comme premier donataire, par ſon décès, elles furent pareillement tranſmiſes à François, qui en a pareillement joui; après la mort duquel elles ont été poſſédées par Jacques Chabot, Marquis de Mirebeau, ſon fils aîné, lequel n'ayant point laiſſé d'enfants mâles, la ſubſtitution a été ouverte au profit de Jacques Chabot, fils de Charles Chabot, & de ladite Dame de Monteſſus; lequel Jacques, dernier du nom, étant décédé ſans enfants, a mis fin à la ligne maſculine des Chabots, & donne lieu à l'ouverture de la ſubſtitution au profit de ladite Dame Ducheſſe d'Elbeuf, qui eſt conteſtée par ladite Dame de Monteſſus, ſous prétexte que tous les dégrés de ladite ſubſtitution ſont purifiés, & par conſéquent ledit feu ſieur Jacques Chabot, fils, en a pu diſpoſer à ſon profit. A quoi

quoi ladite Dame de Monteſſus auroit poſé en fait qu'en Bourgogne on obſervoit, comme une Loi inviolable, l'ordre de ſuccéder aux ſubſtitutions par têtes, & non par générations, ce qui eſt contraire à l'uſage & pratique ordinaire de tous les Bailliages de cette Province : au moyen de quoi ladite Dame Ducheſſe d'Elbeuf nous a requis atteſtation des ſieurs Conſeillers de ce Bailliage, Avocat & Procureur du Roi, & des ſieurs Avocats poſtulants, comme les dégrés des ſubſtitutions ſe comptent, en Bourgogne, par génération, & non par tête; & ce, nonobſtant l'Ordonnance de 1629, qui n'eſt point obſervée dans le Reſſort du Parlement de Bourgogne : à quoi inclinant, nous avons, en préſence de Maître Pierre Leblanc, Avocat, faiſant la charge d'Avocat du Roi, par Arrêt, & de Maître Pierre Chevinard, Procureur du Roi audit Bailliage, pris & reçu le ſerment de Maître Jean Larcher, Conſeiller audit Bailliage, & Lieutenant particulier en la Chancellerie; de Maître Jean Bouchain, auſſi Conſeiller audit Bailliage; de Maître Vincent Valleby, Jean Belin, Edme Ferry, Jean Paillet, Emillard Villain, Philippe Parigot, Guillaume Forneret, Hugues Guyard, Etienne Boillot, Louis Condault, & François Valleby, tous Avocats poſtulants audit Bailliage, leſquels nous ont unanimement déclaré, que les dégrés de ſubſtitution ſe comptent, en Bourgogne, par génération, & non par tête, nonobſtant l'Ordonnance de 1629, qui ne s'obſerve point en Bourgogne; dont, & de tout ce que deſſus, nous avons dreſſé la préſente atteſtation, & donné acte à ladite Dame d'Elbeuf, pour lui valoir & ſervir ce qu'il appartiendra. En foi de quoi nous avons ſigné & fait ſigner cette auxdits Conſeillers, Avocat & Procureur du Roi, auxdits Avocats poſtulants en ce Siege, les an & jour ſuſdits; auſſi à Maître Etienne Maltête, Greffier dudit Bailliage. Ainſi ſigné, J. GROZELIER; LARCHER, P. CHEVIGNARD, BOUCHAIN, LEBLANC, P. PARIGOT, E. VILLAIN, FORNERET, H. GUYARD, E. VALLEBY, C. BELIN, PAILLET, CONDAULT, VALLEBY, BOILLOT, E. FERRY, & MALTÊTE, Greffier.

*Collationné à l'original, par moi, Conſeiller & Secrétaire du Roi, Maiſon, Couronne de France & de ſes Finances.*

GALLONS.

# ARRÊT NOTABLE,

*Rendu en la deuxieme Chambre des Enquêtes, au rapport de M. l'Abbé de Chavaudon, le 21 Janvier 1713 *, en interprétation des art. 42, 43 & 44, de la Coutume de la Rochelle, par lequel ont été jugés, en ladite Coutume de la Rochelle, trois points; ſavoir, 1°. qu'un pere ayant trois filles de deux différents mariages, ſavoir, deux d'un premier mariage, & une d'un troiſieme mariage; & n'ayant laiſſé aucuns héritages propres, mais ſeulement des meubles & acquêts, deſquels il avoit fait legs univerſel à ſa fille du troiſieme mariage; ladite fille du troiſieme mariage pouvoit être enſemble légataire & héritiere. 2°. Qu'en la premiere qualité de légataire, elle doit prendre le total des meubles & le tiers deſdits acquêts; &, en qualité d'héritiere, prendre ſa part, qui eſt une tierce partie des deux autres tiers deſdits acquêts. 3°. Que néanmoins les deux autres filles, non légataires, auroient droit de demander d'avoir le ſupplément de leur légitime, au cas que la part à elles adjugée dans les deux tiers des acquêts, ne fût pas ſuffiſante pour remplir la moitié de la part qu'elles auroient eue dans les biens du pere commun, s'il étoit mort ab inteſtat; lequel troiſieme article a été jugé d'Office par la Cour.*

Voici l'Arrêt.

*Pour la page 250 du premier Volume.*

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre, à tous ceux qui ces préſentes Lettres verront, SALUT : ſavoir faiſons, &c.

NOTREDITE COUR, par ſon Jugement & Arrêt, ſans s'arrêter aux Requêtes deſdits Moreau, Chabot & leurs femmes, des onze & douze Janvier mil ſept cent treize, a mis & met l'appellation au néant; ordonne que la Sen-

* *Nota* C'eſt par erreur qu'on a daté, *page* 250 du premier volume, cet Arrêt du 21 Juin, il eſt du 21 Janvier.

tence *, de laquelle a été appellé, ſortira ſon effet ; ſauf, auxdits Moreau, Chabot & leurs femmes, à ſe pourvoir en ſupplément de légitime, au cas que la part & portion à eux adjugée dans les deux tiers deſdits acquêts-immeubles, ne fût pas ſuffiſante pour remplir la moitié de la part qu'ils auroient eue dans les biens dudit Michel Drouillard, s'il étoit mort *ab inteſtat.* Défenſes dudit Bureau & de ladite Frimolleau, ſa femme, eſdits noms au contraire ; condamne leſdits Moreau, Chabot & leurs femmes, en l'amende ordinaire de 12 liv. & ès dépens des cauſes d'appel & demandes, la taxe d'iceux à notredite Cour réſervée.

SI MANDONS, &c.

---

# *MÉMOIRE*

POUR CHARLES MOREAU & ELIZABETH DROUILLARD, ſa femme ; ETIENNE CHABOT & MARIE-ANNE DROUILLARD, ſa femme, Appellants.

*CONTRE JACQUES BUREAU & FRANÇOIS FRIMOLLEAU, Tuteurs de MARIE DROUILLARD, Intimés.*

IL s'agit de ſavoir ſi, dans la Coutume de la Rochelle, qui n'a rien de décidé ſur la compatibilité des qualités d'héritier & de légataire, on peut les réunir en ligne directe.

## *FAIT.*

Les Appellantes ſont filles de Michel Drouillard ; elles ont été mariées du bien de leur mere. Un ſecond mariage effaça du cœur de leur pere les ſentiments de tendreſſe que la nature devoit lui inſpirer ; ſa ſeconde femme l'a engagé à les dépouiller en faveur d'une fille de neuf mois, qui n'avoit pu mériter l'affection de ſon pere, ni ſes bienfaits : il a fait, à ſon profit, un legs univerſel.

* La Sentence dont étoit appel, avoit été rendue le premier Avril 1711, en la Sénéchauſſée de la Rochelle.

La Coutume de la Rochelle, où il étoit domicilié, eſt une Coutume de ſubrogation ; il n'avoit point de propres, ainſi il n'avoit pu diſpoſer que de ſes meubles & du tiers de ſes acquêts ; les deux autres tiers étoient réſervés aux héritiers : les Intimés ont été obligés de le reconnoître ; mais ils ont prétendu qu'on pouvoit être héritier & légataire dans la Coutume de la Rochelle : ainſi, que leur mineure devoit partager, en qualité d'héritiere, les deux tiers des acquêts. Les premiers Juges ont décidé en faveur de la mineure des Intimés.

L'objet de la queſtion ſe réduit à ſavoir ſi ladite fille du ſecond lit, peut prendre part dans les deux tiers des acquêts.

Trois Moyens pour montrer qu'elle n'y peut avoir aucun droit.

## *PREMIER MOYEN.*

Ce moyen eſt fondé ſur l'incompatibilité des deux qualités d'héritier & de légataire : il eſt vrai que la Coutume de la Rochelle ne l'a point prohibé expreſſément ; mais dans le ſilence de la Coutume, il faut avoir recours au Droit commun de la France coutumiere, & ſur-tout à la déciſion de la Coutume de Paris.

On ne doute plus aujourd'hui que les queſtions, que les autres Coutumes n'ont point prévues, doivent être décidées par celle de Paris : par une Juriſprudence à préſent inviolable, la Coutume de Paris a enfin obtenu, ſur le Droit Romain, la préférence qu'il lui avoit long-temps diſputée. Ainſi, il eſt inutile d'oppoſer qu'on peut être héritier & légataire par le Droit Romain ; c'eſt un des principes du Droit coutumier, que nul ne peut être héritier & légataire.

La queſtion qui ſe préſente aujourd'hui, n'eſt pas nouvelle ; elle a été traitée par tous les Auteurs : il n'y en a aucun qui ne ſoit d'avis que l'incompatibilité doit avoir lieu dans les Coutumes qui n'ont rien décidé à cet égard, & ſur-tout lorſqu'il s'agit de la ligne directe. C'eſt le ſentiment de M. Ricard, *des Donations*, *part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 15, *n.* 643 & 648 ; & de M. Denis Lebrun, *des Succeſſions*, *liv.* 3, *ch.* 7, *n.* 3.

## *OBJECTION.*

On inſinue que la Coutume de la Rochelle n'eſt pas muette ſur la queſtion, qu'elle admet par l'*art.* 42, la compatibilité ; que le Commentateur de la Coutume de la Rochelle, eſt d'avis qu'elle doit y être reçue ; qu'après tout, ce n'eſt point par la Coutume de Paris qu'on doit ſuppléer les omiſſions de la Coutume de la Rochelle ; mais que c'eſt à la Coutume de Poitou qu'on doit avoir recours ; que dans la Coutume de Poitou, on peut être héritier & légataire.

## *RÉPONSE.*

L'Article 42 de la Coutume de la Rochelle, porte : » aucun » ne peut donner à aucun de ſes enfants, ou hoirs préſomp- » tifs, ni iceux avantager l'un plus que l'autre, en aucune » partie de ſon héritage, à lui venu par ſucceſſion. «

En décidant qu'on ne peut avantager ſes héritiers dans les propres, on prétend qu'il laiſſe la faculté de le faire dans les acquêts ; l'incompatibilité eſt donc bornée aux propres, elle ne s'étend point aux acquêts : ainſi, on peut être héritier & légataire, lorſqu'il s'agit des acquêts. Il ſeroit ſingulier, que la Coutume eût voulu rejetter la compatibilité par rapport aux propres, & l'admettre à l'égard des acquêts ; la déciſion de cet article eſt ſimple & nette. Dans les propres, on eſt obligé de conſerver l'égalité, on peut ne le pas faire dans les acquêts ; peut-on en conclure qu'on puiſſe être héritier & légataire ? Dans la Coutume de Paris, on peut avantager un des héritiers, la compatibilité n'y eſt cependant pas admiſe : donc, quoique la Coutume de la Rochelle permette d'avantager un de ſes héritiers, il ne s'enſuit pas qu'il puiſſe conſerver ces avantages avec la qualité d'héritier. La Coutume ne ſuppoſe point, dans celui qui eſt avantagé, la qualité d'héritier, elle dit héritier préſomptif ; en permettant de diſpoſer au profit de l'héritier préſomptif, elle n'accorde rien qui ne ſoit permis dans les Coutumes qui rejettent expreſſément la compatibilité : en effet, dans la Coutume de Paris, il n'eſt pas défendu d'avantager ſon héritier préſomptif. Cet article, dont les Intimés ſe ſervent pour établir la compatibilité dans

la Coutume de la Rochelle, eſt une preuve qu'elle a voulu la rejetter. Par l'*art.* 42 de la Coutume de la Rochelle, non-ſeulement les enfants, mais les collatéraux mêmes, ne peuvent être donataires entre vifs d'un propre, & héritiers; il faut que le collatéral rapporte le propre à lui donné entre vifs, quand il veut être héritier. L'article parle des hoirs préſomptifs par oppoſition aux enfants, il comprend les collatéraux. L'Apoſtille de du Moulin y eſt formel : il en rapporte un Arrêt de 1557, qui infirma la Sentence du Lieutenant-Général de la Rochelle ; ſi on ne peut être héritier & donataire d'un propre, même en ligne collatérale, qualités qui y ſont compatibles dans la Coutume de Paris, moins ſévere que celle de la Rochelle, à plus forte raiſon ne peut-on être héritier & légataire ; l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire, eſt plus grande que celle de donataire & d'héritier.

A l'égard du Commentateur, il parle toujours avec tant de confuſion, qu'il eſt ſouvent difficile de découvrir ſa penſée dans ſes expreſſions; les termes ſur leſquels on fonde le ſentiment qu'on lui attribue, ſont obſcurs, & donnent lieu de préſumer qu'il décide ſimplement qu'on peut avantager un de ſes héritiers dans les meubles & acquêts; mais il ne dit pas formellement qu'on puiſſe conſerver l'avantage & demeurer héritier.

Après tout, il ne rapporte, ni Arrêt, ni Sentence qui aient jugé la compatibilité permiſe dans la Coutume de la Rochelle. Dans cet état, quelle attention peut mériter le ſentiment d'un Auteur particulier, lorſqu'il eſt contraire au Droit commun, & qu'il n'eſt appuyé d'aucune autorité ?

Le Commentateur de la Rochelle peut-il ſoutenir le parallele de Ricard, de Lebrun ? La Coutume de Poitou n'a force de Loi que dans ſon reſſort ; ſes déciſions ne peuvent pas plus ſervir de regle dans la Coutume de la Rochelle, que celle de toute autre Coutume voiſine. La Coutume de Paris ſeule a l'avantage d'étendre ſon empire au-delà de ſon reſſort. Les Intimés n'ont demandé part dans les deux tiers des acquêts, qu'en qualité d'héritiers. On ne peut être héritier & légataire ; les deux tiers des acquêts doivent donc appartenir aux Appellants ſeuls.

## *DEUXIEME MOYEN.*

La Coutume de la Rochelle eſt une Coutume de ſubrogation ; celui qui n'a point de propres, n'y peut diſpoſer de ſes acquêts, que comme il auroit pu faire des propres : l'*art.* 44 le décide, & l'*art.* 42 défend d'avantager de ſes propres, ſes héritiers préſomptifs, l'égalité doit être conſervée ; la renonciation ne met pas en droit, celui qui eſt avantagé, d'en profiter, comme il le pourroit faire dans la Coutume de Paris.

Drouillard n'a point laiſſé de propres ; par-là, ſes acquêts en tiennent lieu : s'il eût eu des propres, il n'auroit pas pu avantager ſa fille du ſecond lit, elle les eût partagés également avec ſes ſœurs, elle n'auroit eu que le tiers ; elle ne peut donc prendre, dans les acquêts ſubrogés aux propres, que la même part qu'elle auroit eue dans les propres, elle n'en peut donc prétendre que le tiers.

## *OBJECTION.*

L'article 44, en ſubrogeant les acquêts aux propres, n'oblige point d'y garder l'égalité entre les héritiers, comme a fait l'*art.* 42 à l'égard des propres ; on ne peut étendre la diſpoſition de l'*art.* 44. L'*art.* 44 ne défend de diſpoſer que des deux tiers des acquêts. Il n'y a de ſubrogation que par rapport aux deux tiers : ſi l'obligation de conſerver l'égalité entre les héritiers, à l'égard des propres, pouvoit avoir lieu à l'égard des acquêts, ce ne ſeroit que par rapport aux deux tiers des acquêts ſubrogés aux propres. Ainſi la mineure des Intimés, en qualité d'heritiere, pourroit prendre part dans les deux tiers ; la ſubrogation n'a même lieu que dans le cas où on a diſpoſé en faveur d'un étranger ; elle ceſſe, ſi l'on diſpoſe en faveur d'un de ſes héritiers préſomptifs : les termes dont l'article ſe ſert, le font connoître : *on ne peut léguer, ni donner à d'autres*, ſignifient étranger.

## *RÉPONSES.*

1°. Il eſt vrai que la Coutume de la Rochelle n'a pas rappellé, dans l'*art.* 44, la prohibition d'avantager un de ſes hé-

ritiers préſomptifs, écrite dans l'*art.* 42 ; mais cette répétition étoit inutile. Pour que la prohibition de l'*art.* 42 eût lieu à l'égard des acquêts, il ſuffiſoit de décider que les acquêts doivent tenir lieu de propres. Les acquêts ſont par-là de la même nature, leur condition ſe trouve la même ; tout ce qui eſt décidé à l'égard des propres, devient commun à l'acquêt qui en tient lieu.

2°. Il y a de l'illuſion de prétendre que la ſubrogation n'a lieu que par rapport aux deux tiers des acquêts : elle eſt abſolue & parfaite ; le pouvoir que la Coutume donne dans les acquêts ſubrogés, n'a pas plus d'étendue que celui qu'elle accorde dans les propres : ſi la ſubrogation n'avoit lieu que pour les deux tiers, il ſeroit permis de diſpoſer du tiers de ces deux tiers. On ne croit pas qu'on oſât le prétendre ; ſi on ne peut diſpoſer en faveur d'un étranger que du tiers des acquêts, comme on ne peut diſpoſer que du tiers des propres, ne doit-on pas reconnoître que les autres diſpoſitions, qui regardent la maniere de diſpoſer des propres, ſont communes aux acquêts, dans le cas de la ſubrogation ?

3°. De dire que la ſubrogation n'a lieu que contre les étrangers, & que l'on peut diſpoſer de plus du tiers des acquêts en faveur de l'un de ſes héritiers, c'eſt une idée contraire au texte de la Coutume. Le terme, *à autre*, ne fournit aucune induction : *aucun ne peut léguer ou donner à autre*, ſont des termes qui préſentent la même idée. L'*art.* 44 eſt rélatif à l'*art.* 42 : la prohibition de l'*art.* 42 n'a point lieu à l'égard des étrangers ; ſi le terme, *à autre*, dans l'*art.* 44, veut dire étranger, il n'a été mis que pour établir, contre l'étranger, la prohibition de l'*art.* ſuffiſamment établie contre les héritiers préſomptifs, par la relation qui ſe trouve entre l'*art.* 44 & l'*art.* 42. Mais il eſt inutile de réfuter un paradoxe de cette nature : les Intimés eux-mêmes ont reconnu que le legs univerſel ne pouvoit comprendre que le tiers des acquêts ; ce n'a été qu'en qualité d'héritiers qu'ils ont demandé part dans les deux tiers ; ſi la ſubrogation n'avoit pas lieu contre les héritiers, pourquoi abandonner la totalité des acquêts ?

*TROISIEME*

## *TROISIEME MOYEN.*

Les Appellantes n'ont jamais rien eu de leur pere, il leur eſt dû une légitime; la Coutume de la Rochelle n'en a point établi d'autre que la réſerve coutumiere des deux tiers des propres, ou des deux tiers des acquêts; les Intimés ſe ſervent du ſentiment du Commentateur de la Coutume de la Rochelle, lorſqu'il leur eſt favorable; ils ne peuvent le rejetter, lorſqu'il eſt contraire : leſdits deux tiers, qui ſont la légitime, acquis aux enfants, ont toujours été eſtimés devoir venir francs & quittes de toutes dettes, *art.* 42, *p.* 380. Vigier, ſur l'*art.* 85 de la Coutume d'Angoumois, décide qu'il n'y a point d'autre légitime, dans cette Coutume, que la réſerve coutumiere des deux tiers des propres & acquêts, établie par la Coutume d'Angoumois, de même que par celle de la Rochelle.

C'eſt auſſi le ſentiment de Pontanus, ſur l'*art.* 73 de la Coutume de Blois. La légitime eſt donc la réſerve coutumiere, la Coutume n'en fixe point d'autre; le legs univerſel réduit les Appellantes à la légitime, la mineure des Intimés ne peut prétendre part dans une réduction qui ſe fait contre elle-même; la Coutume ne permet, à celui qui n'a point de propres, de donner que le tiers des acquêts, & encore une portion virile dans les deux autres tiers, comme héritier; il prendroit plus que la Coutume ne permet de donner, & il éluderoit la prohibition de la Loi, par ces deux qualités; on ne peut prendre deux qualités différentes pour détruire la réſerve établie par la Coutume.

## *CONCLUSION.*

L'Intimée ne pourroit donc partager, dans les deux tiers des acquêts, qu'en qualité d'héritiere, qualité incompatible avec celle de légataire. Par la Coutume de la Rochelle, le pere, qui n'a point de propres, eſt obligé de conſerver, dans les acquêts, l'égalité entre les enfants; elle n'y ſeroit pas obſervée, ſi l'Intimée avoit plus du tiers : enfin, les deux tiers des acquêts, ſont la ſeule légitime des Appellantes. En cet état, tout concourt à détruire une prévention qui n'eſt pas

moins contraire à l'équité qu'aux regles de la Juſtice. *Iniquum enim eſt ut quibus aliqua competit ſucceſſio, alii abundanter aſſumant, alii paupertatis incommodis ingemiſcant.*

*M. DE CHAVAUDON, Rapporteur.*

Me LE ROY DE FONTENELLE, Avocat.

COUESEAU, le jeune, Proc.

---

# MÉMOIRE

POUR JACQUES BUREAU, Tuteur de FRANÇOISE DROUILLARD, Intimé.

*CONTRE CHARLES MOREAU & ETIENNE CHABOT, maris d'ELIZABETH & MARIE-ANNE DROUILLARD, Appellants.*

LA queſtion eſt de ſavoir quel effet doit avoir, ſuivant la Coutume de la Rochelle, un legs univerſel, fait à la mineure de l'Intimé, par Michel Drouillard, ſon pere. Cette mineure eſt fille du ſecond lit, & les femmes des Appellants, ſont enfants du premier lit du teſtateur. Rien de plus favorable & de plus modique que ſon legs.

Le teſtateur avoit établi & marié avantageuſement les Appellantes, filles de ſon premier lit. Il n'avoit point de propres. Tous ſes acquêts ne produiſoient que 120 liv. de rente, & ſon mobilier ne montoit qu'à 427 liv.

C'eſt en cet état que, conſidérant l'exceſſive modicité de ſa fortune & le bas âge de la fille de ſon ſecond lit, qui n'avoit qu'un an au jour de ſon décès, il a pris le parti, en pere tendre & prudent, de l'inſtituer ſa légataire univerſelle, pour aider à la faire ſubſiſter.

La Sentence dont eſt appel, rendue en grande connoiſſance de cauſe, par des Juges bien inſtruits de l'eſprit & de l'uſage de leur Coutume, a décidé que, ſuivant la même Coutume,

la mineure légataire, doit avoir les meubles & le tiers des acquêts, à la charge de payer les dettes de la ſucceſſion, & partager également avec les Appellantes, ſes ſœurs, les deux autres tiers deſdits acquêts.

Les Appellantes ſoutiennent, de leur part, que ces deux tiers des acquêts leur doivent demeurer pour le tout, ſans que la mineure de l'Intimé puiſſe y rien prétendre, & tel eſt le point où aboutit maintenant toute la difficulté du procès, une infinité d'autres conteſtations téméraires des Appellants, ayant été abandonnées pour inſinuer que les deux tiers des acquêts doivent reſter en entier aux Appellantes, & par conſéquent, que la mineure de l'Intimé ne doit tirer aucun bénéfice. On a fait cinq objections.

La premiere, que les qualités de légataire & d'héritier, ſont incompatibles.

La deuxieme, qu'au défaut de propres, les acquêts ſont ſubrogés aux propres, dont il n'eſt pas permis de diſpoſer au profit d'un héritier préſomptif.

La troiſieme, que les deux tiers des acquêts ſont une eſpece de légitime pour les héritiers préſomptifs, dans laquelle un légataire ne peut rien prendre.

La quatrieme, que les acquêts du défunt ſont des conquêts de ſa communauté avec la mere des Appellantes, au préjudice de qui le teſtateur n'a pu diſpoſer de cette ſorte de bien.

La cinquieme, que ſi les Appellantes n'avoient pas les deux tiers des acquêts du défunt en entier, elles n'auroient pas leur légitime de droit; c'eſt-à-dire, la moitié de ce qu'il leur ſeroit revenu de la ſucceſſion, ſi le défunt n'avoit point teſté.

## *PREMIERE OBJECTION.*

*Que les qualités de légataire & d'héritier ſont incompatibles.*

L'on a fondé cette prétendue incompatibilité, en ſoutenant que la Coutume de la Rochelle étoit muette à cet égard; que, dans les Coutumes qui ne s'en expliquent pas, Soëve, Ricard & Lebrun, ſont d'avis qu'il faut y ſuivre, non pas, à la vérité, en ligne collatérale, ni en ligne directe aſcendante, mais ſeu-

lement en ligne directe deſcendante, l'article 300 de la Coutume de Paris, qui ſe déclare pour l'incompatibilité.

## *RÉPONSES.*

1°. La Coutume de la Rochelle ne défend d'avantager l'un de ſes enfants & héritiers préſomptifs, que dans les héritages échus au teſtateur par ſucceſſion ; c'eſt-à-dire, dans les véritables propres.

Donc cette Coutume permet de les avantager dans tout ce qui n'eſt point des propres. Permettre d'avantager un de ſes héritiers, c'eſt admettre clairement la compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, parce que cet héritier ne peut prendre ſon avantage qu'en vertu de ſon legs, & en uniſſant par conſéquent à ſa qualité d'héritier, celle de légataire.

Les appellantes, forcées de convenir qu'un héritier préſomptif qui ne renonceroit point, ne pourroit recevoir un avantage, ſans devenir en même-temps légataire & héritier, ont cru s'échapper, en imaginant que c'eſt d'enfants ou héritiers préſomptifs qui ne renoncent que par la prohibition d'avantager dans les propres, que parle l'*article* 42 de la Coutume de la Rochelle.

Mais c'eſt mettre, dans l'article, une choſe qui n'y eſt point. Cet article ne dit pas un mot de renonciation, & c'eſt vouloir y mettre ou ſous-enrendre une choſe abſurde ; car il n'y auroit pas de bon ſens dans l'article, s'il avoit appliqué ſa prohibition d'avantager dans les propres aux enfants ou héritiers préſomptifs renonçants, d'autant qu'un héritier préſomptif qui accepte la ſucceſſion, eſt manifeſtement beaucoup moins favorable pour l'habilité d'être légataire, qu'un héritier qui renonce.

Auſſi du Molin, ſur cet article, aſſure directement le contraire de ce qui eſt avancé par les appellantes ; car il témoigne que le même article ne s'entend que d'un héritier préſomptif qui accepte, & n'a point lieu, ſi cet héritier préſomptif renonce à la ſucceſſion ; *Hæc Conſuetudo limitanda eſt ut procedat quando donatarius vult eſſe hæres, ſecus ſi abſtineat contentus ſuâ donatione.*

En conſéquence M. Huet, Commentateur de la Coutume de la Rochelle, *pages* 375 & 376, obſerve que l'eſprit & l'uſage de cette Coutume ſont pour la compatibilité, & qu'en cela elle eſt plus juſte que celle de Paris d'avoir laiſſé aux peres toute liberté ſur les meubles & acquêts pour obliger d'autant plus les enfants à mériter leurs bonnes graces.

Brodeau a de même remarqué, ſur M. Louet, *lettre* H, *ch.* 17, *n.* 1, que la Coutume de la Rochelle étoit du nombre de celles qui autoriſent la compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, en permettant d'avantager les enfants par forme de prélegs & de préciput dans les meubles & dans les acquêts.

2°. Dans les cas où la Coutume de la Rochelle eſt muette, c'eſt par la Coutume de Poitou qui eſt plus voiſine, que ſon ſilence doit s'interpréter ; il y en a une note préciſe de du Molin, ſur le titre initial de la Coutume de la Rochelle ; *hæc Conſuetudo ſuppleri ſolet per Conſuetudinem Pictavienſem.* M. Huet en rend une raiſon principale dans la Préface de ſon Commentaire, qui eſt que la Rochelle étoit autrefois une dépendance & un membre du Comté de Poitou, avant que ce Comté eût été réuni à la Couronne.

On peut ajouter une ſeconde raiſon, fondée ſur la Loi 32, aux Digeſt. *de Legib. tunc quod proximum & conſequens ei eſt, ſi nec id quidem appareat, tunc jus quo urbs Romana utitur, ſervari oportet ;* qui décide que l'on ne doit avoir recours aux Loix de la Capitale d'un Etat, que quand les Coutumes des Provinces voiſines n'ont point de diſpoſitions qui puiſſent interpréter le ſilence de celle dont il s'agit, & y ſuppléer. Or, la Coutume de Poitou, dans ſon *art.* 216, contient une diſpoſition formelle de compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, par la faculté expreſſe qui y eſt accordée, de faire la condition de l'un des héritiers, meilleure que celle des autres, dans les meubles & dans les acquêts. Donc il ſeroit indifférent que la Coutume de la Rochelle fût muette ſur cette queſtion d'incompatibilité.

3°. Ce qui vient d'être établi, efface toutes les autorités objectées ; parce que les Appellantes conviennent que ces autorités ne ſont contre la compatibilité, que dans les Coutumes qui n'ont point de diſpoſitions tendantes à l'admettre, & qui ne ſont pas déterminées à ſuivre l'interprétation d'une Cou-

tume voiſine, où elle ſe trouve reçue. L'Intimé va plus loin, il ſoutient que la Loi d'incompatibilité, preſcrite par la Coutume de Paris, ne peut être étendue pour quelque ligne que ce ſoit dans aucunes Coutumes muettes ſur ce ſujet.

La Coutume de Paris n'a point d'empire ſur les autres Coutumes; chacune eſt également ſouveraine dans ſon reſſort, tous les Commentateurs l'avouent; & le judicieux Coquille, *dans ſes Queſtions & Réponſes*, en rend la raiſon, de ce que les habitants de cette ville n'ont jamais conquis les autres villes de l'Etat, ainſi que les citoyens de Rome avoient ſubjugué les autres villes de leur Empire. Il eſt vrai qu'il y a quelques difficultés, comme l'âge de teſter & la quotité de la légitime, ſur leſquels on interprete le ſilence des autres Coutumes, par la diſpoſition de celle de Paris, plutôt que par la déciſion du Droit civil; mais ce n'eſt qu'à cauſe de la juſteſſe particuliere que l'on a cru rencontrer dans le parti qui, à cet égard, avoit été pris par la Coutume de Paris.

La Coutume de Paris, *art.* 300, déclare les qualités de légataire & d'héritier incompatibles, en quelque ligne que ce ſoit. Les Appellantes, de leur part, demeurent d'accord que, dans les Coutumes muettes, cette incompatibilité ne peut avoir lieu en ligne collatérale, & que la queſtion a été ainſi jugée par un Arrêt de 1648.

Les Appellantes ne veulent introduire cette incompatibilité dans les Coutumes muettes, que pour la ligne directe deſcendante: donc elles reconnoiſſent que, ſi on y étendoit la même incompatibilité bornée à cette ligne, ce ne pourroit être par aucune idée d'empire de la Coutume de Paris ſur les autres Coutumes, parce que, en ce cas, il faudroit y étendre auſſi, comme dans la Coutume de Paris, l'incompatibilité pour la ligne collatérale & pour la ligne directe aſcendante, de même que pour la ligne directe deſcendante. Tous nos Auteurs, & Ricard, *Traité des Donations, part.* 1, *ch.* 3, *ſect.* 15, *n.* 645, cité par les Appellantes, conviennent que, ſur les queſtions des donations & des teſtaments, c'eſt le Droit civil qu'il faut ſuivre, dans les Coutumes qui n'en diſpoſent point autrement, parce que, à cet égard, c'eſt du Droit civil que nous avons emprunté nos lumieres & nos regles; Ricard y comprend même nommément la queſtion dont il s'agit: de ſorte qu'étant certain, entre les Parties, que le Droit civil

admet cette compatibilité, il eſt clair qu'elle doit être reçue dans toutes les Coutumes qui ne la rejettent point; comment pourroit-on s'en diſpenſer?

De Droit commun, chacun eſt le maître de diſpoſer de ſon bien comme il lui plaît, dans tous les cas où cette Loi n'eſt point gênée par une Loi; par la Loi des XII Tables, *uti quiſque legaſſit, ita jus eſto*, les Loix prohibitoires, qui font violence au Droit commun, ne s'étendent point au-delà des bornes qui leur ont été marquées. Ainſi, chaque teſtateur peut donner à l'un de ſes héritiers, & l'avantager, dans tous les pays où il n'y a point de Loix qui le défendent.

On vient de voir que la faculté d'avantager ſon héritier, & de réunir dans ſa perſonne les qualités de légataire & d'héritier, ne réſiſte point au Droit naturel; cette faculté bleſſe encore moins le Droit Civil. Il n'eſt point conteſté que la compatibilité de ces qualités n'ait lieu; &, pour ce qui concerne l'eſprit général du Droit coutumier, loin qu'il ait trait à rendre ces qualités incompatibles en elles-mêmes, tout le monde ſait qu'on peut être héritier dans une Coutume qui interdit la compatibilité, & légataire dans une autre Coutume qui la permet. V. M. Louet, *lettre H. ch.* 16. Que dire même de la diſtinction de ligne alléguée par les Appellantes?

Un homme qui accepte une ſucceſſion en collatérale, eſt-il moins héritier que quand il l'accepte en directe? S'il eſt également héritier dans l'une & l'autre ligne, par quelle bizarrerie peut-on propoſer que, dans les Coutumes muettes ſur la queſtion, les qualités de légataire & d'héritier ſoient incompatibles en ligne directe deſcendante, ſans l'être en ligne collatérale, ni en ligne directe aſcendante?

Cette diſtinction, bizarre en elle-même, n'eſt écrite dans aucune Coutume; elle n'a été autoriſée par aucun Arrêt; pourquoi la faire? Où la Loi ne diſtingue point, l'homme ne doit pas non plus diſtinguer. Soëve, Ricard & Lebrun, ont, dit-on, donné les ouvertures de cette diſtinction. Soëve n'en a point parlé. Ricard & Lebrun l'ont propoſée comme bonne; mais ils ne l'ont appuyée d'aucuns principes, & n'ont pas témoigné qu'elle eût été reçue: c'eſt un projet de nouvelle Juriſprudence qu'ils ont haſardé, & l'on n'ignore pas que ces deux Auteurs, quoique d'un très-grand génie, ont riſqué beaucoup

d'autres opinions ſingulieres, que le crédit de leur nom n'a pu faire gouter.

## *DEUXIEME OBJECTION.*

*Qu'au défaut des propres, les acquêts ſont ſubrogés aux propres, dont il n'eſt pas permis de diſpoſer au profit de ſon héritier préſomptif.*

La ſubrogation des acquêts aux propres, eſt une fiction; aucune fiction ne peut y avoir lieu qu'elle ne ſoit établie par une Loi, ni être étendue hors des cas pour leſquels il a plu à la Loi de l'introduire. Ces maximes ſont trop triviales pour avoir beſoin de preuves. L'*art.* 44 de la Coutume de la Rochelle, eſt celui dont les Appellantes excipent : après avoir déclaré, dans l'*art.* 42, qu'on ne peut avantager ſes enfants, ou hoirs préſomptifs, en aucune partie de ſes propres, & dans l'*art.* 43, que les conjoints peuvent ſe donner tous leurs meubles & acquêts, & le tiers de leurs propres, voici ce qu'ajoute l'*art.* 44 : » aucun ne peut donner, ni léguer à autre, ſoit par » teſtament ou autrement, de ſes biens-meubles & acquêts-im- » meubles, s'il n'a héritage paternel, ou collatéral, que les deux » parts deſdits acquêts-immeubles ne demeurent à ſes héritiers. Dans cet article, & dans aucun autre de la Coutume de la Rochelle, pas un mot de ſubrogation des acquêts aux propres.

Cette Coutume y eſt même formellement oppoſée par rapport aux droits des héritiers préſomptifs; car, dans l'*art.* 42, elle défend de rien donner de ſes propres à ſes héritiers préſomptifs; au lieu que dans l'*art.* 44, elle ne défend, au défaut des propres, de donner que les deux tiers de ſes acquêts, & n'interdit d'en diſpoſer qu'au profit d'autres que ſes héritiers préſomptifs.

Ce que porte la Coutume n'eſt donc point une ſubrogation, du moins indéfinie, des acquêts aux propres; tout ce qu'elle ordonne doit être obſervé, ce qu'elle ne dit point, ne doit pas être ſuppléé pour introduire une ſubrogation dont la Coutume n'aura point parlé.

L'article contient deux diſpoſitions, dans leſquelles il faut ſe

ſe renfermer, & qui s'élevent toutes deux contre la prétention des Appellantes.

Premiere diſpoſition, que c'eſt ſeulement à autres que ſes héritiers préſomptifs, qu'il eſt, au défaut des propres, prohibé de rien léguer qui puiſſe empêcher que les deux tiers de ſes acquêts ne ſoient conſervés en entier à ſes héritiers.

Donc il eſt permis d'entamer ces deux tiers d'acquêts par une libéralité teſtamentaire faite au profit de ſon héritier préſomptif. Auſſi M. Huet, Commentateur de la Coutume de la Rochelle, *loco citato*, eſtime indéfiniment & ſans aucune diſtinction de l'eſpece où il y a des propres, & de celle où il n'y en a point, que cette Coutume a laiſſé aux peres envers leurs enfants, la liberté entiere pour la diſpoſition des acquêts, & par conſéquent les appellantes ne pourroient tirer aucun avantage que dans la Coutume de la Rochelle, les qualités de Légataire & d'héritier, fuſſent incompatibles; parce que la mineure de l'intimé, fille & héritiere préſomptive du teſtateur, n'eſt point excluſe de prendre, en vertu de ſon legs univerſel, ſans accepter la ſucceſſion, la part à elle adjugée dans les deux derniers tiers des acquêts du défunt.

Seconde diſpoſition, au profit de quelque perſonne que le teſtateur ait diſpoſé; il ſuffit au défaut des propres de laiſſer les deux tiers de ſes acquêts à ſes héritiers. Or la mineure de l'intimé eſt fille & héritiere préſomptive du défunt avec les appellantes ſes ſœurs d'un premier lit. Donc ſi les qualités de légataire & d'héritier ſont compatibles à la Rochelle quand on n'y pourroit rien léguer des deux tiers de ſes propres, même à l'un de ſes héritiers préſomptifs, elle ne laiſſeroit pas de pouvoir obtenir une part dans ces deux tiers d'acquêts comme héritiere, & l'autre tiers des acquêts avec les meubles, en qualité de légataire.

## *TROISIEME OBJECTION.*

*Que la réſerve des deux tiers des acquêts, en faveur des héritiers préſomptifs au défaut des propres, eſt une eſpece de légitime qui ne peut profiter qu'aux héritiers préſomptifs, non légataires.*

Cette objection eſt particuliérement fauſſe dans la Coutume

de la Rochelle qui, comme on vient de le faire voir, permet de donner même au défaut de propres, une partie des deux derniers tiers des acquêts, pourvu que ce ne ſoit point à d'autres que l'héritier préſomptif, ou le conjoint du teſtateur qui, loin d'être exclus, ſont au contraire admis à y participer en vertu d'un legs.

La même objection ne ſeroit pas plus ſérieuſe dans la Coutume de la Rochelle dès qu'on y peut être héritier & légataire, quand cette Coutume défendroit, au défaut de propres, d'avantager l'un de ſes héritiers préſomptifs dans les deux derniers tiers des acquêts, parce qu'elle n'a aucune diſpoſition qui rende l'héritier légataire inhabile à prendre part comme héritier dans ces deux tiers d'acquêts qu'elle réſerve au contraire en faveur de tous les héritiers, ſans diſtinction.

Cette objection ſeroit même erronée dans toutes ſortes de Coutumes, où les qualités de légataire & d'héritier ne ſont pas incompatibles.

La légitime qui eſt une quotité de ce que chaque héritier auroit eu dans tous les biens du défunt, s'il n'y avoit point eu de teſtament, & qui a lieu dans toutes ſortes de Coutumes, même dans celles où il n'en eſt fait aucune mention, eſt un droit individuel à chaque héritier, qu'un autre héritier légataire ne peut affoiblir : mais il n'en eſt pas de même d'une réſerve coutumiere qui eſt ſi peu un droit individuel de chaque héritier, que toutes les Coutumes qui en parlent, y appellent cumulativement tous les héritiers, leſquels par conſéquent en peuvent profiter comme d'un bénéfice commun, nonobſtant leur legs qui ne ſupprime point leur qualité d'héritier, & qui n'en anéantit pas les prérogatives dans les Coutumes où les qualités de légataire & d'héritier ſont compatibles.

En effet aucune de ces Coutumes ne décide que l'héritier légataire ne pourra rien prendre dans les réſerves qui y ſont affectées aux héritiers.

Une telle diſpoſition n'auroit pas même de bon ſens dans de pareilles Coutumes, d'autant que la compatibilité de la qualité d'héritier avec celle de légataire, n'eſt utile & néceſſaire que pour habiliter le légataire à pouvoir garder ſa part d'héritier dans les réſerves coutumieres; car à l'égard de tous les autres biens du défunt, on peut les lui aſſurer par un ſimple legs, de ſorte qu'exclure l'héritier légataire de garder ſa part

d'héritier dans les réſerves coutumieres par rapport aux Coutumes où les qualités de légataire & d'héritier ſont compatibles, ce ſeroit en effacer cette regle de compatibilité, ou ce qui revient au même, la dépouiller de toute opération & du ſeul effet qu'elle puiſſe produire.

## *QUATRIEME OBJECTION.*

*Que le défunt n'a pu diſpoſer d'aucune portion de ſes acquêts au préjudice des appellants, comme les ayant amendés pendant ſa communauté avec leur mere.*

Le fait que les acquêts du défunt ſoient des profits de ſa communauté avec la mere des appellantes, n'eſt point juſtifié ; en tout cas il ſeroit indifférent, parce que la Coutume de la Rochelle ne défend nulle part de diſpoſer de cette eſpece de biens. L'*art.* 279 de la Coutume de Paris, l'interdit aux meres, cela eſt vrai. On a déja vu que la Coutume de Paris n'a point d'autorité au delà de ſon reſſort ; & il n'y a ni Auteurs, ni Arrêts qui aient étendu aux autres Coutumes cette diſpoſition prohibitoire de la Coutume de Paris, ſi exorbitante du Droit commun, qu'il n'y a que la Coutume de Calais où l'on trouve une Loi ſemblable.

## *CINQUIEME OBJECTION.*

*Que les Appellantes n'auroient pas leur légitime, ſi on ne leur laiſſoit pas en entier les deux tiers des acquêts du défunt.*

Cette objection eſt étrangere à la conteſtation, parce que les Appellantes n'ont pas déclaré ſe tenir à leur légitime, & n'en ont point demandé de ſupplément, au moyen de quoi il eſt prématuré d'examiner ſi elles en ſont remplies.

Au ſurplus il eſt prouvé par les pieces du procès, que tout le bien du défunt ne conſiſte qu'en 427 livres de rente en acquêts. Or en conſervant aux Appellantes, comme a fait la Sentence dont eſt appel, les deux tiers des deux tiers de 120 livres de rente, il eſt clair qu'elles auront plus que leur légitime, en déterminant même ſa quotité ſuivant la Coutume de Paris,

c'eſt-à-dire ſur le pied de la moitié de ce qu'elles auroient eu ceſſant le teſtament.

*M. DE CHAVAUDON, Rapporteur.*

Me. DES ROCHES, *Avocat*

LA GLAINE, *Procureur.*

---

# *ARRÊT*

## DE LA COUR

## DE PARLEMENT,

*ENTRE les Officiers du Châtelet & les Juges-Conſuls.*

Du 19 Septembre 1755.

---

*Pour la page* 831 *du premier Volume.*

LOUIS, PAR LA GRACE DE DIEU, ROI DE FRANCE ET DE NAVARRE, au premier des Huiſſiers de notre Cour de Parlement, ou autres Huiſſiers ou Sergents ſur ce requis: Savoir faiſons qu'entre François Moreau, Conſeiller Honoraire en notredite Cour, & Subſtitut de M. le Procureur-Général du Roi au Châtelet de Paris, Demandeur aux fins de la Requête inſérée en l'Arrêt de notredite Cour du 19 Avril 1734, & exploit fait en conſéquence le 22 du même mois, d'une part; & les Juges-Conſuls de cette Ville de Paris, Défendeurs, d'autre part; & entre leſdits Juges-Conſuls de Paris, Demandeurs en Requête du 11 Juin 1755, d'une part; ledit Moreau audit nom, Défendeur, d'autre part; & entre ledit Me Moreau, Demandeur en Requête du 5 Septembre préſent mois d'une part; & leſdits Juges-Conſuls, Défendeurs d'autre part: Vu par notredite Cour la Requête & demande dudit Moreau, inſérée en l'Arrêt de notredite Cour du 19 Avril

1734, tendante à ce qu'il fût ordonné Commiſſion lui être délivrée pour faire aſſigner en icelle leſdits Juges-Conſuls de Paris, pour voir dire que les Articles 2, 4, 5, 7 & 9 de l'Ordonnance de 1673, enſemble l'Arrêt de notredite Cour de 1698, ſeroient exécutés ſelon leur forme & teneur, en conſéquence qu'il ſeroit fait défenſe auxdits Juges-Conſuls de donner des permiſſions, ſoit ſur Requête ou autrement, pour faire ſaiſir & arrêter, & aſſigner devant eux, ceux ès mains deſquels les ſaiſies auroient été faites, & de connoître de l'exécution de leurs jugements, ſoit par ſaiſies mobiliaires ou immobiliaires, contributions ni autres diſcuſſions & opérations qui pourroient être faites entre les Débiteurs condamnés par leurs Sentences, les Débiteurs ou Créanciers, & à tous Huiſſiers & Sergents de faire des Exploits en pareil cas à peine de 500 livres d'amende, tant contre les Parties, que contre leſdits Huiſſiers ou Sergents, & l'Arrêt à intervenir lu, publié & affiché par-tout où beſoin ſeroit, & leſdits Juges-Conſuls fuſſent condamnés aux dépens. Arrêt dudit jour qui, ſur ladite Requête, a ordonné Commiſſion être délivrée audit Moreau pour faire aſſigner en notredite Cour qui bon lui ſembleroit aux fins de ladite Requête : Exploit de ſignification dudit Arrêt du 22 Avril ſuivant, avec aſſignation auxdits Juges-Conſuls à comparoir en notredite Cour à huitaine pour répondre & procéder ſur & aux fins de ladite Requête, & en outre, comme de raiſon, les défenſes deſdits Juges-Conſuls ſignifiées le 2 Juillet 1734 contre la ſuſdite demande. Autre Arrêt du 3 Septembre 1735, qui, ſur ladite demande & défenſe, a appointé leſdites Parties en droit : Productions reſpectives deſdites Parties en exécution dudit Arrêt d'appointement, leurs avertiſſements des 12 Janvier & 18 Avril 1736 : Contredits de Production dudit Moreau du 13 Mai 1737, ceux deſdits Juges-Conſuls du 30 Juillet 1740, ſervants de Salvations : Les Réponſes dudit Me Moreau du 15 Mars 1749 auxdits Contredits & auxdites Salvations : Production nouvelle dudit Me Moreau par ſa Requête du 19 Mars 1749 : Les Contredits contre icelle deſdits Juges-Conſuls du 27 Janvier 1750, ſervants de Réponſes aux écritures du 15 du même mois de Mars : Productions nouvelles deſdits Juges-Conſuls par leur Requête du 30 Janvier 1750 : Autres Productions nouvelles dudit Me Moreau par Requête du 14 Avril 1750. Les Contredits contre

icelles deſdits Juges-Conſuls par Requête du 7 Juin 1755 : Requête & demande deſdits Juges-Conſuls de Paris du 11 Juin dernier, tendante à ce qu'il plût à notredite Cour déclarer le Subſtitut du Procureur-Général au Châtelet de Paris non-recevable dans ſes demandes, ou en tout cas ſans s'y arrêter, ayant égard à leur Requête, ordonner que leſdites Déclarations, Arrêts & Réglements concernants les Juriſdictions Conſulaires, ſeront exécutées ſelon leur forme & teneur, notamment l'Edit du Roi Charles IX, du mois de Décembre 1563 ; la Déclaration en interprétation du 18 Avril 1665 ; la Déclaration de Louis XIII du 4 Octobre 1611 ; les Arrêts de notredite Cour des 3 Décembre 1618, 18 Mars 1620, 15 Mars 1623, 23 Mai 1626, 5 Août 1651, 30 Janvier 1652, 24 Juillet 1666 ; l'Ordonnance du Commerce du mois de Mars 1673 ; l'Arrêt de Réglement du 27 Août 1698 ; les Arrêts des 27 Juin & 7 Juillet 1699, & autres intervenus ſur la matiere des Juriſdictions Conſulaires ; en conſéquence & attendu la plénitude de pouvoir accordé aux Juriſdictions Conſulaires, d'inſtruire & juger les Cauſes qui ſont de leur compétence, aux termes des mêmes Edits, Déclarations, Ordonnances, Arrêts & Réglements privativement & excluſivement à tous autres Juges, faire défenſes aux Officiers du Châtelet & à tous autres Juges, d'entreprendre à l'avenir ſur la Juriſdiction des Juges-Conſuls, & de connoître, ſous prétexte de concurrence, des matieres de commerce attribuées à la Juriſdiction Conſulaire, & à tous Huiſſiers d'aſſigner au Châtelet ſur leſdites matieres, à la Chambre Civile ou Foraine, ou en d'autres Tribunaux ordinaires, ſous quelques dénominations que ce ſoit, ou puiſſe être, à peine de nullité, ou ſous telles autres peines qu'il plaira à notredite Cour de prononcer ; maintenir & garder en tant que beſoin leſdits Juges-Conſuls de Paris dans le droit & poſſeſſion où ils ſont d'accorder les permiſſions de ſaiſir ſur Requête dans les affaires de leur compétence & quand le cas le requiert ; les maintenir pareillement dans le droit & poſſeſſion de connoître de l'exécution des Sentences & Jugements qu'ils prononcent, hors le cas d'exception porté par les Réglements ; faire défenſes aux Officiers du Châtelet de les y troubler, & d'arrêter, ſuſpendre ou empêcher l'exécution de leurs Jugements, de les caſſer ou annuller, ou révoquer les

aſſignations qui ſe donnent devant leſdits Juges-Conſuls, & de connoître des empriſonnements qui ſe font en vertu de leurs Sentences, ni d'élargir les Priſonniers arrêtés ou recommandés en vertu deſdites Sentences; & pour l'avoir fait & avoir journellement entrepris ſur ladite Juriſdiction Conſulaire, les condamner en tels dommages & intérêts qu'il plaira à notredite Cour; ordonner que l'Arrêt qui interviendra ſera lu & publié au Châtelet de Paris & affiché par-tout où beſoin ſera; & condamner le Subſtitut de M. le Procureur-Général au Châtelet de Paris, ou les Officiers du Châtelet aux dépens; au bas de laquelle Requête, employée pour avertiſſement, écritures & production ſur ladite demande, eſt l'Ordonnance de notredite Cour qui l'auroit réglé en droit & joint, & donne acte de l'emploi y porté. Sommation audit Me Moreau de ſatisfaire à ladite Ordonnance, en conſéquence fournir de Contredits de ſa part à ladite Requête & demande, ſinon forclos: Production nouvelle dudit Me Moreau, ès noms, par Requête du 26 Juin 1755. Autre Production nouvelle deſdits Juges-Conſuls de Paris, par leur Requête du 27 Juin audit an 1755. Contredits deſdits Juges Conſuls, par Requête du 5 Juillet 1755, contre ladite Production nouvelle du 26 Juin. Autre Production nouvelle dudit Me Moreau, par Requête du dix-huit Août dernier: Requête deſdits Juges-Conſuls de Paris du 29 Août 1755, employée pour Contredits contre ladite Production du 18 du même mois d'Août dernier: Requête & demande dudit Me Moreau du 5 du préſent mois de Septembre, tendante à ce qu'il plût à notredite Cour lui adjuger les fins & concluſions par lui priſes, & y augmentant, faire défenſes aux Juges-Conſuls de donner ſur ſimple Requête des permiſſions de ſaiſir & arrêter, & de faire aſſigner devant eux ceux ès mains deſquels les ſaiſies auroient été faites pour faire leurs affirmations ſur leſdites ſaiſies-arrêts; faire pareillement défenſes aux Juges-Conſuls de connoître de l'exécution de leurs Jugements, des conteſtations qui pourroient s'élever à l'occaſion des empriſonnements, ſaiſies-exécutions, ſaiſies-arrêts, ſaiſies-immobiliaires, ou autres diſcuſſions qui auroient été faites en vertu de leurs Jugements entre telles perſonnes & ſous quelque prétexte que ce ſoit; comme auſſi faire défenſes aux Juges-Conſuls de révoquer les Aſſignations données au Châtelet, de les

déclarer nulles, ni de faire défenſes de procéder au Châtelet, même en matiere Conſulaire; faire défenſes à tous Huiſſiers & Sergents de faire aucuns Exploits dans les cas ci-deſſus exprimés, à peine de nullité & de 500 livres d'amende, tant contre les Parties que contre les Huiſſiers, même d'interdiction contre leſdits Huiſſiers; ordonner que l'Arrêt qui interviendra, ſera imprimé, lu, publié & affiché par-tout où beſoin ſera; condamner les Juges-Conſuls en tous les dépens; au bas de laquelle Requête, employée pour Avertiſſement, Ecritures & Production ſur icelle, eſt l'Ordonnance de notredite Cour, qui, ſur ladite demande, l'auroit réglé en droit & joint, & donné acte de l'emploi y porté : Sommation auxdits Juges-Conſuls de ſatisfaire, de leur part, à ladite Ordonnance, écrire, produire & contredire dans le temps de l'Ordonnance, ſinon forclos : les Sommations générales de ſatisfaire aux Arrêts de Réglement & Ordonnances intervenues en l'Inſtance : Concluſions du Procureur-Général du Roi. TOUT JOINT ET CONSIDÉRÉ : NOTREDITE COUR ordonne que les Ordonnances, Arrêts & Réglements de notredite Cour, concernant la Juriſdiction des Conſuls, ſeront exécutés; ce faiſant, maintient & garde les Juges-Conſuls dans le droit & poſſeſſion d'accorder, ſur Requête, des permiſſions de ſaiſir dans les affaires de leur compétence, & ſeulement entre les mains des Marchands juſticiables de la Juriſdiction des Conſuls, avec charge à eux, en cas que les Marchands & Juſticiables de leur Juriſdiction ſe trouvaſſent devoir pour toutes autres cauſes que celles du Commerce, de renvoyer en la Juriſdiction ordinaire; comme auſſi les maintient dans le droit & poſſeſſion de connoître de l'exécution de leurs Sentences & Jugements, mais ſeulement entre Marchands, & pour fait de commerce ſeulement; & en conſéquence, pourront connoître des ſaiſies mobiliaires faites en vertu de leur Jugement, entre le Saiſiſſant & le Débiteur; mais ſi celui ès mains duquel la ſaiſie aura été faite prétend ne rien devoir, ou s'il ſe trouve un ou pluſieurs tiers-oppoſants qui ne ſoient pas créanciers pour fait de marchandiſes, & dont la créance ne ſoit point de la Juriſdiction Conſulaire, en ce cas, les Parties ſe pourvoiront pardevant les Juges ordinaires; & les Juges-Conſuls tenus d'y renvoyer les conteſtations qui naîtront, conformément aux Arrêts des trois Juin mil ſix cent ſoixante-dix-ſept, & vingt-quatre

quatre Janvier mil ſept cent trente-trois : ſur le ſurplus des demandes, fins & concluſions, met les Parties hors de Cour; ordonne que le préſent Arrêt ſera imprimé & affiché par-tout où beſoin ſera, & inſcrit dans les Regiſtres de la Juriſdiction du Châtelet & de celle des Conſuls, tous dépens compenſés. SI MANDONS mettre le préſent Arrêt à exécution ſelon ſa forme & teneur, de ce faire te donnons pouvoir. DONNÉ en notredite Cour de Parlement, le 19 Septembre, l'an de grace mil ſept cent cinquante-cinq, & de notre Regne le quarante & unieme. Collationné, SIGONGNE. Par la Chambre,

DUFRANC.

## DE CASTELLANIA VERNONIS.

*INQUISITIO facta ſigillatim à Gaufrido de Capella quod videlicet Dominium quas Juſtitias Dominus Vernonis habeat in Caſtellania Vernonis, tam de duello* (1), *quàm aliis per Dominium ipſius Caſtri, & quod Dominium & quas Juſtitias Dux Normaniæ habebat in Caſtellania Vernonis, tam de duello quàm de aliis rebus per Dominium Normaniæ, jurati Philippus de Blaru, Petrus de Roncea, Ric. Poſtel, Nicolaus de Fraxino, Odo de Floriaco, Guillelmus Havart, Galterus Poſtell. Odo Havart, Petrus de Fay, milites; Nicolaus Luſcus, Joannes de Inferno, Joannes de Sancta-Genoveſa, Mauritius de Rothomago, Presbyteri; Richardus Cuiſant, Roſcelinus Juvenis, Richardus Bellus, Guillel. de Gloton, Odo Traccart, Galterus de Longavilla, Rad. Palmar. Omondus de Puteo, Rog. de Cruce, Guimandus Gambardi, Odo de Bizy, Odo de Cruce, Simon Piguet, Petrus Rex, Guillelmus filius Matild. Poſſaro, Guill. de Puteo, Mauritius Maillardi, Hugo Agnich, Richardus Balot, Aude & Hubertus, filius Hilarii, & Rad. filiolus, Burgenſes.*

*Dicunt omnes quod Dominus Vernonis in tempore ſuo habebat ſuum duellum adjudicandum, & tenendum in ſua Curia, &*

Pour la page 887 du premier Volume.

(1) *Duellum, id eſt jus duelli, ſeu quidquid ad locorum dominos redibat emolumenti ex Judiciis duelli contrà milites*, Ducange, ſur le mot *Duellum*.

*ſuam Juſtitiam de ſuo latrone reſidente. Et ſi latro errans eſſet, Juſtitia erat Ducis Normaniæ. Habebat etiam Dominus Vernonis omnia alia Placita* (1) *& Juſtitias, excepto placito enſis* (2), *& exceptis recognitionibus; milites* (3) *verò, & illi qui tenent libere de Domino Vernonis, vel de paribus habent ſuum Placitum, donec ſua Placita fuerint abjurata, & duellum adjudicandum in ſua Curia, & quando duellum adjudicatum fuerit, & armatum ille ducit illum in Curia Domini Vernonis, & ille in cujus Curia duellum vadiatum, habet emendam de duello. Si vero melleia, vel malefactum, vel maledictum affuerit, emendæ ſunt Domini Vernonis, & ubicumque Dominus Vernonis aliquid ceperit de reditu, ſive in terris, ſive in vineis, ſive in domibus, Dominus Vernonis habet venditiones & omnem juſtitiam: quicumque verò habeat capitales modiatines, ſive miles, ſive alius, ipſe habet venditiones & Juſtitiam, niſi Dominus Vernonis in illis aliud habeat de redditu: ſed dicunt quod Abbas Beccenſis nullam habet Juſtitiam, neque venditiones, niſi non eſt capitalem modiationem; immò quandò non poterat habere ſuos cenſus, ipſe ſe clamabat ad Dominum Vernonis & ipſe ei reddi faciebat cenſus ſuos ſine emenda. Et ubi habet modiationem capitalem, dicunt quod numquàm viderunt ſuper hoc Placitum tenere, neque emendam levare, & ideò neſciunt utrum Abbas emendam habere debeat, an non; Dominus Vernonis habet auxilium pro filio ſuo primogenito faciendo Milite* (4), *& de prima filia ſua maritanda, & de prima redemptione corporis ſui capti de guerra Domini ſui, & quandò Dominus Vernonis ibat in exercitum cum Duce Normaniæ, Dux ei dabat tale auxilium quale Dux volebat, & illud auxilium capiebat in iis locis apud Vernonell.* Chantereine, à la Croix Bardell. Gameliac, *in valle de Acouill. citrà rivum in vico Norman. de Blarru. Si autem aliquis homo deſtructus fuerit per judicium, ſive ſit fugitivus, ſive bannitus, Dux Normaniæ habet proventus totius terræ ſuæ per unum annum; & ille de cujus feodo terra movet,*

---

(1) *Placita, id eſt*, Plaids-Généraux. *Hugo Flaviniacenſis in Chronica, p.* 132.

(2) *Placita Menſis*, Haute-Juſtice, *quæ habet jus gladii. Vid. Arreſta ann.* 1258, *in primo Regeſto Parlamenti Pariſienſis, fol.* 18, *ſub ann.* 1259, *Placitum enſis, ſeu alta Juſtitia.*

(3) *Miles, nobilis.*

(4) *Facere Militem*, créer quelqu'un Chevalier.

*habet terram poſt annum. Dominus Vernonis habebat auxilium de feodis loricæ quæ ab eo tenebantur, quandò Dux Normaniæ ſibi, & aliis militibus donabat auxilium.*

Certifié conforme à l'original du Regiſtre de Philippe-Auguſte, qui eſt conſervé à la Bibliotheque du Roi, ſous le n°. 9852. Fait à la Bibliotheque du Roi, le 17 Août 1737.

*Signé*, SALLIER, Garde de la Bibliotheque.

*Fin des Pieces Juſtificatives.*

# TABLE
## DES MATIERES.
## A.

*ACQUÊTS* ſont de libre diſpoſition dans la Coutume de Poitou, Tome II. page 158. Faut-il, dans certaines Coutumes, avoir des propres pour diſpoſer de ſes acquêts, 159.

*Actor ſequitur forum rei.* Cette maxime eſt de toutes les Nations, I. page 612.

*Age* pour teſter. *Voyez* Teſter.

*Ameubliſſement.* Eſt-il permis à des Conjoints de faire un ameubliſſement général, I. p. 748 & ſuiv. Juſqu'à quelle quotité peut-on ameublir, 749.

*Argentré.* (d') Jugement qu'il porte ſur les Auteurs qui ont traité la matiere des Statuts, I. p. 15, combat la définition de Barthole.

*Arrêts.* Autorité & exécution dans le Royaume des Sentences, Jugements & Arrêts rendus dans les Pays étrangers en matiere civile & *vice verſâ*, I. p. 601. Sentiment de Rodenburgh, ibid. Objet des Jugements, ibid. & p. 602. Jugements en matiere perſonnelle, 602 & ſuiv. Peuvent-ils être ſoumis à la diſcuſſion d'autres Juges, 603. Jugements qui ſtatuent ſur l'état & la condition de la perſonne, ibid. & pages ſuivantes. Jugements rendus entre Etrangers, 606. Comment on peut mettre à exécution dans le Royaume les Jugements des Tribunaux étrangers, 640, 644.

*Arrêter.* Villes qui ont le privilege d'arrêter leurs débiteurs forains trouvés dans ces Villes, I. p. 612. Eſpece ſinguliere, ibid. & p. 613. Diſtinction de Chopin ſur ces ſortes de privileges, ibid. Ce privilege d'Arrêt eſt fort varié, 614. Dans quel cas il ceſſe, ibid.

*Arrêtiſtes.* Combien il faut ſe défier des Compilateurs d'Arrêts, I. p. 651. Erreur de Chopin ſur la compatibilité ou incompatibilité des qualités de principal héritier déclaré, de donataire particulier & de légataire univerſel en la même perſonne, 652. Autre erreur ſur la clauſe de *franc & quitte*, 653. Réglement qui défend d'imprimer des Arrêts ſans permiſſion, 658.

*Artois.* Diſcuſſion des articles 74, 75, 76 & 189 de la Coutume d'Artois, 823. Ce qu'il faut faire en Artois pour acquérir hypotheque, ibid. Déclaration du 14 Mars 1722, qui ordonne l'exécution des articles 74 & 75 de la Coutume d'Artois.

*Aſſignat; quid?* I. p. 375, emportoit aliénation du fonds, p. 377.

*Avantages.* A quoi faut-il ſe fixer pour connoître la légitimité des avantages qu'un mari & une femme peuvent ſe faire, 181-182.

*Avenant. Voyez* Mariage.

## B.

*Banni.* Teſtament d'un homme qui par la ſuite eſt banni, II. p. 72.

*Banniſſement*, à temps, à perpétuité. Ses effets, I. p. 345 & ſuiv. Femmes & filles ne ſont bannies hors du Royaume, 347.

*Barthole.* Regle pour diſtinguer les Statuts, I. p. 16, 17. Cette regle eſt fauſſe, p. 18, 19 & ſuiv. Son opinion eſt combattue, p. 21, 22, 23.

*Bénéfice* d'inventaire. *Voyez* Héritier.

*Berroyer.* (M.) Son éloge, II. p. 494.

*Biens.* C'eſt la Loi de la ſituation qui les régit, I. p. 230, 231, répandus dans différentes Coutumes, comment ſe partagent, 232, 233. Arrêt de Couart, ibid.

*Bourgage.* Quel droit a la femme Normande dans les biens acquis en Bourgage, I. p. 790-798-799.

*Bretagne.* (Parlement de) Son uſage par rapport au banniſſement, I. p. 347.

## C.

*Capacité* & incapacité de la perſonne par état, I. p. 176, 177, & *paſſim.* La perſonne porte par-tout ſa capacité ou ſon incapacité d'état, p. 184. Cette capacité ou incapacité ne dépend que de la Loi du domicile, 185. Cette capacité influe-t-elle ſur les actes réels comme ſur les perſonnels, 205 & ſuiv. Capacité ou incapacité reſtreinte aux biens, quelle eſt-elle, 337. Capacité de teſter. *Voyez* Teſter. Capacité générale d'état. *Voyez* Etat. Perſonne capable dans le lieu de ſon domicile, 488.

*Cateux.* (Biens) *Quid?* II. p. 59 & ſuiv. Queſtions mixtes relativement au droit de ſucceſſion aux biens Cateux & au paiement des dettes mobiliaires, 60 & ſuiv.

*Cauſe* nouvelle qui naît à l'occaſion d'un contrat, II. p. 477.

*Caution* de la part du conjoint donataire, II. p. 130 & ſuiv.

*Cautionnement.* Si le Statut qui le déclare nul eſt réel ou perſonnel, I. p. 186 & ſuivantes : de la femme de Paris, 750.

*Change.* (Lettres de change) Formalités pour le paiement d'une Lettre de change, I. p. 372 & ſuiv. *quid?* Si le tireur & l'endoſſeur ſont domiciliés dans deux Souverainetés différentes, 372. Formalités à remplir relativement aux Lettres de change, 531 & ſuiv.

*Circonſtances.* Quand ſont-elles déciſives. *Voyez* l'Obſervation 46, II. vol. p. 516 & ſuiv.

*Clergé*, (Rentes ſur le) I. p. 402.

*Codicilles.* Ce qu'étoient les Codicilles chez les Romains, I. p. 439.

*Commiſe*, I. p. 886-887.

*Commiſſions* rogatoires. *Voyez* Paréatis.

*Committimus.* (Lettres de) Pourquoi elles n'ont point lieu pour les actions pures réelles, I. p. 620.

*Communauté.* Formes à garder pour diſſoudre une communauté, I. p. 507. Queſtions mixtes ſur ce ſujet, 507 & ſuiv. 510. Queſtions ſur la renonciation à la communauté, 512. Formalités de cette renonciation, ibid. & 513. Diſſolution de la Communauté avant les ſeconds & ſubſéquents mariages, 514-515. Exceptions pour ceux qui ne ſont pas domiciliés à Paris, 515-516. Un mari & une femme ſont en communauté. La femme ſurvit ayant enfants, ne fait point d'inventaire, & convole avec un homme domicilié à Bruxelles, où l'on ne connoît point la continuation de communauté avec des enfants d'un précédent lit, & où le ſurvivant, y ayant enfants ou non, retient tous les meubles & effets mobiliers, 565. Les enfants ſont-ils en communauté pour un tiers? Si la femme remariée meurt, le mari aura-t-il tous les meubles & effets? ibid. & pages ſuivantes. Principes ſur la continuation de communauté, 565 & ſuivant. Différentes queſtions ſur la communauté. *Voyez* Obſervation 29. Principes de Rodenburgh analyſés, 735. Examen de ces principes ou réſolution de différentes queſtions, 741 & ſuiv. Coutumes qui admettent la communauté; Coutumes qui la rejettent; Coutumes qui ne la rejettent, ni ne l'admettent, 744 & ſuiv. Coutume de Normandie admet-elle la communauté, 745-746. Statuts de communauté & de non communauté ſont-ils Statuts perſonnels ou réels? 750, 782 & ſuiv. Syſtême de l'Auteur, 750, 751. Communauté conventionnelle, 755. Communauté légale coutumiere, 759. La communauté naît-elle de la célébration du mariage ou de la Loi? 761 & ſuiv. Examen du ſyſtême de Vander-Muelen, 761. L'état de non commun en Pays de Droit écrit eſt-il ſuſceptible de quelques changements? 784. Différentes queſtions ſur la communauté ou non communauté, relativement à la Coutume de Normandie, 793 & ſuiv. Quand la communauté doit-elle commencer? 804.

*Quid juris*, quand un mari acquiert des biens dans des Coutumes locales qui donnent à la femme commune plus ou moins que la Coutume générale du domicile, 799. *Quid*, dans le cas d'une donation à l'un des conjoints communs, d'immeubles ſitués en une Coutume où tels legs ſont propres, 796. *Quid juris*, dans le cas d'un rembourſement fait avec des deniers de la communauté, par l'un des conjoints, d'une rente par lui due avant ſon mariage, 810. Quelle Loi faut-il ſuivre pour l'action de récompenſe? 810 & ſuiv. Quelle Loi doit régir la communauté, II. p. 277.

*Compétence.* Ce qui détermine la compétence des Juges, I. 618 & ſuiv.

*Compromis* entre les mains des parents, I. p. 546. Si l'Ordonnance qui ordonne de compromettre entre les mains des parents, pour raiſon de partages à faire dans une famille, n'étoit point enrégiſtrée dans le Parlement où le procès ſeroit pendant, faudroit-il compromettre? p. 546 & 547.

*Concours* de deux Statuts. Lequel, du Statut du domicile ou du Statut de la ſituation, l'emporte? I. p. 188, 192. Regles qui fixent les principes dans le cas du concours de deux Statuts, l'un réel, l'autre perſonnel, 206. Le perſonnel l'emporte ſur le réel, 230.

*Condamné.* A qui appartient la confiſcation de ſes effets mobiliers, I. p. 342.

*Condition* de la perſonne. Dans quel ſens on doit entendre ces mots : *Lex turbat conditionem perſonarum*, I. p. 140 & ſuiv. eſt régie par la Loi du domicile, II. p. 7 & ſuiv.

*Confiſcation*, I. p. 342 & ſuiv. Coutumes qui admettent la confiſcation des biens de la femme condamnée, 815. *Voyez* Femme.

*Conjoints.* Un homme domicilié dans une Coutume qui exclut le conjoint, meurt, laiſſant des biens dans d'autres Coutumes qui n'excluent pas le ſurvivant, ſa femme recueillera-t-elle ces biens? I. p. 236. Peuvent-ils changer quelque choſe dans leurs conventions, ſoit expreſſes, ſoit tacites? 357. *Voyez* Donation. Les droits des conjoints ſont fondés ſur une cauſe publique, II. p. 102. Quelle eſt la Loi qui regle leurs droits? ibid. & pages ſuivantes. Quel eſt le motif des Coutumes qui défendent aux conjoints de ſe donner? 104-110 & ſuiv. La Loi qui défend aux conjoints de ſe donner, eſt-elle réelle ou perſonnelle? ibid. L'incapacité des conjoints n'eſt point perſonnelle, ibid. Si des conjoints domiciliés dans une Coutume qui leur permet de laiſſer au ſurvivant les biens de leur ſucceſſion, ont diſpoſé au profit de l'un d'eux, leur libéralité ſubſiſtera-t-elle, s'ils viennent demeurer dans une Coutume qui leur défend de ſe faire des avantages, II. p. 173. *Quid?* dans le cas du don mutuel, 176. Conjoints peuvent, dans la Coutume de Chartres, ſe faire de grands avantages, 179. Conjoints mariés & domiciliés à Paris achetent pendant leur communauté, une terre en Normandie : le mari ſurvivant peut-il jouir de l'uſufruit de cette terre conformément à la Coutume de Normandie, 297.

*Conquêts.* Part de la femme Normande dans les conquêts, I. p. 746 & 747. Différentes queſtions ſur les conquêts de communauté, 806.

*Conſentement.* Quand il eſt requis comme forme & ſolemnité habilitant la perſonne, ou ſimplement comme conſentement qui peut intervenir après coup, I. 466 & ſuiv. Conſentement des proches pour les avantages entre maris & femmes en Bourgogne, & pour la vente des propres en Artois, 489 & 490.

*Conſervation* de Lyon. Ses privileges, I. 830.

*Conſtitution.* Promeſſe de paſſer contrat de conſtitution, II. p. 496.

*Conſultations* attribuées à M. Dupleſſis, II. p. 362.

*Contrat.* Chaque contrat a ſa forme, I. p. 465. Si des contractants ſont domiciliés dans un lieu différent de celui où ils contractent, & que la choſe qui fait l'objet du contrat, ſoit encore dans un autre lieu, *quid juris?* 465. Quelle Loi il faut ſuivre pour l'exécution des contrats, 523-524 & ſuiv. *Voyez* encore p. 535. A qui appartient l'exécution des contrats, 827 & ſuiv. Quelle Loi doit régler les contrats. Examen de pluſieurs queſtions mixtes relatives à la Loi du contrat, II. p. 445 & ſuiv.

*Contribution*, (Coutumes de) II. p. 346. Arrêt de Bence, du 7 Septembre 1695, page 356.

*Contrôle*, I. p. 502-503, eſt une ſolemnité extrinſeque, 516. Néceſſité du contrôle en Normandie, 517. D'où ſe prend la formalité du contrôle, 518. Contrats non contrôlés en Normandie emportent-ils hypotheque indéfiniment, ibid. & p. 519, 841. Edit du contrôle enrégiſtré en Normandie, 518.

*Convention* préſumée par laquelle des conjoints ſe ſoumettent à la Loi du domicile matrimonial, I. p. 737, 740, 757 & ſuiv. II. vol. p. 28. Peut-on changer les conventions matrimoniales. *Voyez* Mariage. Convention préſumée, relativement à la communauté, 108. Explication du ſyſtême de Dumoulin ſur la convention préſumée, 109-110 & ſuiv. 275.

*Conventions* matrimoniales. Peut-on déroger aux conventions matrimoniales, II. p. 412.

*Coutumes* d'égalité parfaite, I. p. 111, 112. Fixent & déterminent les formalités des Teſtaments, 432. Coutumes de double lien, II. p. 58. Coutumes qui mobiliſent certains immeubles, 59 & ſuiv. Diſpoſitions de Coutumes doivent ſe renfermer dans leur territoire, II. p. 106 & ſuiv. Coutumes ſoucheres, 122 & ſuiv. Une Coutume peut-elle faire des défenſes par rapport à des biens ſitués hors de ſon territoire, 148 & ſuiv.

*Criées.* Autrefois on ne formoit point oppoſition aux criées des héritages chargés de rentes enfaiſinées, I. p. 380.

*Crue :* quel uſage faut-il ſuivre pour régler la crue? II. p. 505 & ſuiv.

# D.

*Date* du lieu; eſt-elle néceſſaire pour la validité d'un teſtament olographe? II. p. 78-79. *Quid?* dans les actes paſſés pardevant Notaires, ibid. La date du lieu eſt-elle une formalité habilitante, ou probante, ou intrinſeque & conſtitutive, ou complémentaire? 80. Y a-t-il une Loi quant à la date du lieu? ibid.

*Dauphiné.* Un Dauphinois diſpoſe ſuivant le Statut Delphinal, de biens ſitués dans une autre Province, *Quid juris?* I. p. 462.

*Déchéance;* quelle eſt celle prononcée par l'article 273 de la Coutume de Rheims, II. p. 142 & ſuiv. Eſpece jugée par Arrêt du 7 Mai 1735, ib.

*Décret.* A Toulouſe un débiteur, ſoit qu'il ſoit héritier ou non, eſt reçu pendant dix ans à rabattre le décret pourſuivi ſur ſes biens & à rentrer en poſſeſſion de ſes héritages en payant les ſommes légitimement dues, I. p. 558, 572. Déclaration du Roi du 16 Janvier 1736, ſur les adjudications par décret en Languedoc, 572, 573. Délais pour rembourſer, 558. Quelles ſont les formalités des décrets? 564. Arrêt du Conſeil ſur le rabattement des décrets, 569. Poſſeſſeur par décret d'une des Baronnies qui ont droit d'entrée aux Etats de Languedoc, ne ſera reçu aux Etats s'il n'eſt en poſſeſſion de ſa Baronnie depuis dix ans révolus, 571.

*Délais* pour les protêts, I. p. 369, 370.

*Demandeur.* Le demandeur a-t-il le choix en actions pures réelles de ſe pourvoir au domicile du débiteur, ou pardevant le Juge de la ſituation des biens, I. p. 618 & ſuiv. Loix Romaines & opinions des Auteurs ſur cette queſtion, ibid. Quelle eſt notre Juriſprudence? 619.

*Démiſſion* de foi. *Voyez* Foi.

*Deniers* ſtipulés propres & immobiliers par contrat de mariage, II. p. 113. Arrêt de réglement, du 17 Juin 1762.

*Dépens.* Comment ils ſe reglent, I. p. 544. Hypotheque des dépens, 842 & ſuiv. Un particulier porteur d'un titre exécutoire & paré, paſſé à Paris, y obtient une condamnation & veut la faire mettre à exécution à Toulouſe, à Grenoble, ou en Normandie, *quid juris* pour l'hypotheque des dépens? 843 & ſuiv.

*Deſſaiſine. Voyez* Saiſine.

*Dettes.* Comment ſe paient les dettes dans la concurrence de pluſieurs Coutumes, dont les unes admettent la diviſion entre cohéritiers, & dont les autres donnent la ſolidité contre chacun d'eux, I. p. 277 & ſuiv. A Paris, les dettes ſe contribuent entre tous les héritiers. En Normandie, les héritiers des meubles & acquêts acquittent les héritiers des propres, page 280.

*Diſcuſſion.* Un détenteur pourroit-il propoſer la diſcuſſion pour des rentes enſaiſinées? I. p. 379.

*Diſpoſer.* Ce qu'il faut entendre par ce mot, I. p. 36, 37. Diſpoſitions perſonnelles particulieres, diſpoſitions perſonnelles univerſelles, p. 177, 178, 182 & ſuiv.

*Domicile.* Celui qui eſt capable dans le lieu de ſon domicile l'eſt il par-tout? I. p. 205 & ſuiv. Queſtions ſur les changements de domicile, 507. Domicile matrimonial eſt le chef-lieu de la communauté, 509. Lequel l'emporte, du domicile actuel ou du domicile matrimonial? 512, 513 & ſuiv. Peut-on avoir deux domiciles? 835 & ſuiv. Domicile des Officiers, 836 & ſuiv. De la contrariété des Statuts dans le cas de changement de domicile, II. p. 2 & ſuiv. Effet ſur l'état & la condition des perſonnes, réſultant du changement de domicile, 7 & ſuiv. Principes de Rodenburgh ſur le changement de domicile par rapport à l'état & à la condition des perſonnes, 7. Principes de M. Froland, ibid. & pages ſuivantes. Réfutation des maximes de Rodenburgh & de M. Froland, p. 9 & ſuiv. Effets du domicile actuel ſelon Chopin, 13 & 14. Avis de Lebrun, 14 & 15. Domicile dépend-il, pour les obligations de la femme, plus du mariage que de la mort? 15. Examen d'une diſpoſition de la Coutume de Nevers, ibid. & p. 16. Femme domiciliée en pays de Droit écrit, venant demeurer à Paris, perd-elle l'adminiſtration de ſes paraphernaux? 20 & ſuiv. *Quid*, de celle mariée à Paris, qui va demeurer en Pays de Droit écrit? 21. Femme mariée en Pays de Droit écrit qui va demeurer en Pays où elle eſt ſous la dépendance entiere de ſon mari, peut-elle diſpoſer de ſes paraphernaux ſans ſon autoriſation? 22-23. Changement de domicile par rapport aux biens, p. 54 & ſuiv. 57 & ſuiv. Le changement de domicile peut-il porter atteinte à un acte revêtu de ſes formes? 68 & ſuiv. Quel domicile faut-il ſuivre quand celui du mari & de la femme concourent, 261 & ſuiv. Queſtions mixtes ſur le domicile, p. 409, 431.

*Donation* à cauſe de noces, I. p. 210-211. Formalités des donations, 500-501. Tradition en fait de rentes conſtituées ſur la tête des donataires, ibid.

*Donation* d'une rente conſtituée; où doit-elle être inſinuée? I. p. 397. Où doit être inſinuée celle d'une rente fonciere? ibid. Ordonnance de Louis XI pour le Dauphiné, 461. Forme des donations faites en ce pays-là, 462. Donations doivent être inſinuées, p. 519. Donation d'un bien ſitué en Pays étranger par un François ſans inſinuation, eſt-elle réguliere, 523.

*Donation.* Quelle eſt la Loi qui décide ſi l'on peut, ou ſi l'on ne peut pas donner? II. p. 93 & ſuiv. Quelle eſt la Loi qui décide ſi des futurs conjoints peuvent ſe donner, 97 & ſuiv. Quelle eſt celle qui décide ſi des conjoints actuels peuvent ſe donner? 100. *Voyez* Conjoints. En fait de don mutuel, faut-il ſuivre la Loi du domicile matrimonial, 110 & ſuiv. Diſtinctions à faire entre les différentes Coutumes pour les dona-

tions entre conjoints. Un homme, *ſine liberis*, qui épouſe une veuve qui a des enfants, peut-il leur donner les biens qu'il a à Senlis? 147. Il faut, par rapport aux donations, ſuivre la Loi de la ſituation, 147. Moyens pour empêcher les donations ſimulées, ibid. & pages ſuivantes. Dans les donations, il faut conſulter l'intention de celui qui donne, II. page 537.

*Dot*. Si un mari peut aliéner la dot de ſa femme, I. p. 209 & ſuiv. Prohibition faite à la femme d'aliéner ſon fonds dotal, 214 & ſuiv. Il ſeroit du bien public que les femmes puſſent diſpoſer de leurs biens dotaux, 219. Queſtions intéreſſantes ſur la dot, 356 & ſuiv. Combien le mari a-t-il de temps pour demander le paiement de la dot de ſa femme? 367. Comment & ſuivant quel domicile ſe répete la dot de la femme? p. 368. Queſtions mixtes ſur la reſtitution de la dot, 832 & ſuiv. Autres queſtions ſur la maniere de reſtituer la dot, II. p. 409 & ſuiv.

*Douaire*. Quand il s'agit de régler le douaire coutumier de la femme ſur les rentes appartenantes au mari lors de ſon mariage, il faut ſuivre le domicile du mari lors du mariage. Idem, quand ces rentes lui échéent pendant le mariage, comme immeubles, I. p. 410. Douaire dans la Coutume locale d'Amiens, 441. Douaire préfix en Artois, 840. Douaire d'une femme mariée ſans contrat, II. p. 57. Différentes queſtions mixtes ſur le douaire. *Voyez* Obſervation 37 en entier, p. 196 & ſuiv.

*Droit* public & particulier. Ce qui appartient à l'un & à l'autre, II. p. 398 & ſuivant.

*Droit* commun. Loi contraire au droit commun n'a de force que dans l'étendue de ſon territoire, I. p. 298.

*Droit* acquis, II. p. 187 & ſuiv.

*Droit* Romain. Comment eſt-il regardé dans le Pays coutumier? I. p. 430, 431. Eſt-il le droit commun de la France? 697 & ſuiv.

## E.

*Echéance* des rentes. *Voyez* le mot Rentes.

*Emancipation*. Ce qu'elle produit, I. p. 478.

*Enchérir*. En Auvergne on peut enchérir pendant le procès, en quelque état que ſoit la cauſe, juſqu'à l'expédition & délivrance des Lettres de décret, I. p. 554. Si le décret ſe pourſuit à Paris d'un bien ſitué en Auvergne, l'enchere eſt-elle recevable après l'adjudication? ibid. Examen de cette queſtion, p. 555, 556, 557. *Quid juris*, ſi les biens étoient ſitués partie en Coutumes qui admettent les ſurencheres, partie en Coutumes qui ne les admettent pas, 557.

*Enfants* mariés & dotés, I. p. 272 & ſuiv. Si l'enfant doté renonce à la ſucceſſion, *quid juris?* 275.

*Engagiſte* qui vend une portion du domaine engagé, &c. *Voyez* Uſufruit.

*Enſaiſinement.* I. p. 504-825.

*Etat.* Si l'état de la perſonne ſe porte par-tout, I. p. 172 & ſuiv. 205 & ſuiv. S'il peut varier, ou s'il eſt toujours le même, 800. Eſt-il public ou dépendant de l'homme, ibid. Quel effet le changement de domicile peut-il opérer ſur l'état des perſonnes? II. p. 10. Etats qui ne changent point par le changement de domicile, 10 & ſuiv. Etat de la perſonne fondée en droit public eſt immuable, 19. Capacité générale d'état & de condition, 95. Capacité reſtreinte, ibid. Loi du domicile par rapport à la capacité d'état, 96. Capacité d'état particuliere & réelle doit être renfermée dans l'étendue de la Coutume qui la donne, 96 & 97.

*Etranger.* Si le Prince peut faire des réglements qui aſſujettiſſent ſes Sujets lorſqu'ils contractent en Pays étranger, I. p. 161, 162, 163 & ſuiv. Queſtion ſinguliere élevée à cette occaſion, 166 & ſuiv. Si un étranger peut ſe ſervir du bénéfice des deniers de charité pour ſortir de priſon, 583. Etrangers qui ſe ſoumettent volontairement à une Juriſdiction, ne peuvent-ils pas attaquer le jugement intervenu entre eux? 608. Jugement rendu entre un François & un Etranger qui eſt à exécuter ſur des biens ſitués dans la domination même où il a été rendu, ne peut pas être ſuſceptible de difficulté, 615. Pluſieurs eſpeces de Jugements rendus entre Etrangers & François, 616, 617-624. Des Etrangers peuvent être traduits en France, en matiere hypothécaire, 623. *Voyez* Jugements.

*Evocation.* Arrêt du Conſeil qui ordonne que tous les procès évoqués du Parlement de Toulouſe, ſeront jugés ſuivant le Droit écrit, us & Coutumes obſervées dans les compagnies ſupérieures de ladite Province, I. p. 570.

*Excluſion.* L'excluſion de ſucceſſion ſe décide-t-elle par le principe de la réalité ou par celui de la perſonnalité? I. p. 331 & ſuiv. Excluſion des filles. *Voyez* Obſerv. 18.

*Excommunication*, (Statut de l') I. p. 64.

*Exécution* des actes en France, I. p. 525. En Normandie, Bourgogne, le mort exécute le vif & le vif exécute le mort, 526. Quand il s'agit de pure exécution, il faut ſuivre la Loi du lieu où l'exécution ſe fait, 531.

*Exécutoire* de dépens en Normandie. De quel jour prend-il hypotheque? I. p. 368. Titre exécutoire & paré. *Voyez* Titre.

*Exploit.* Ce qui conſtitue la forme ſubſtantielle d'un exploit, I. p. 454 & 455.

# F.

*Femme*. Capacité ou incapacité de ſon état, I. p. 86 & ſuiv. 221, 222. Peut-elle, étant domiciliée à Paris, engager valablement ſes biens de Normandie? p. 195, 196. La Loi qui la met ſous l'autorité de ſon mari, eſt un Statut perſonnel, 207. Peut-elle, étant domiciliée dans une Coutume prohibitive de toute aliénation de dot, vendre les biens dotaux qu'elle poſſede en Coutumes où elle peut les vendre ſans reſtriction, ni modification, 213. Femme domiciliée en Pays de Droit écrit, peut-elle diſpoſer de ſes biens dotaux & paraphernaux? 221 & ſuiv. Femmes ne ſont bannies hors du Royaume; pourquoi? p. 347. Femme ſéparée de biens en Normandie, ne peut, ſans permiſſion du Juge & ſans avis de parents, vendre, ni aliéner ſes immeubles, 478; même ne peut les hypothéquer pour retirer ſon mari de priſon, ibid. Eſt-elle ſous la puiſſance maritale après ſa ſéparation? 481 & ſuiv. Femme mariée en Hainaut, 484 & ſuiv. Femme divorcée peut-elle vendre ſes fiefs & héritages patrimoniaux ſans autoriſation, 485. Sur la capacité ou incapacité des femmes, lire l'Obſervation 23. Femme qui veut teſter en Hainaut, ou en Bourgogne, 487, 488. Cautionnement d'une femme de Paris peut-il s'exécuter ſur les biens de Normandie? 750. Femme Normande eſt-elle héritiere pour la part qu'elle prend dans les acquiſitions de ſon mari? 782, 783. Femme condamnée pour ſes démérites, confiſque-t-elle ſes conquêts? 812 & ſuiv. Femme perd-elle ſes droits parce qu'il plaît à ſon mari de changer de domicile. *Voyez* l'Obſervation 32 au II. vol. p. 27 & ſuiv. Etat de la femme ſelon ſes différents domiciles, 28 & ſuiv.

*Ferme*, (Contrat de) quelle Loi faut-il ſuivre contre une demande en délaiſſement de ferme, formée par un acquéreur, II. p. 452.

*Fiefs*, femme commune non ſaiſie des biens féodaux ſitués en Artois, I. *Voyez* p. 756. Par quelles Loix les fiefs doivent-ils être dirigés, 876. Il faut s'attacher à connoître les Loix de l'inféodation, 877. Faut-il ſuivre les Loix du fief ſervant quand il ne paroît qu'une conceſſion ſimple, & qu'on ne connoît point les Loix de l'inféodation, 877 & ſuiv. Droits honorifiques... droits utiles, 879. Aveu & dénombrement, blâmes,.... 880, 881. Droit d'indemnité, 884. Eſt-ce la Coutume du fief dominant ou du fief ſervant, qui regle la majorité du vaſſal? 883, 884. Partage de choſes féodales, 884, 885.

*Filles*, excluſes à Paris, à moins qu'elles ne ſoient dans un dégré ſupérieur, quand elles viennent par repréſentation avec des mâles, I. p. 232. Pluſieurs Coutumes prononcent l'excluſion des filles quand il y a des mâles, 294 & ſui. Quelles ſont les Coutumes excluſives, ibid. Les diſpoſitions de ces Coutumes légales & ſtatutaires ſont pures réelles, p. 295. Opinion de Barhole ſur la nature de ce Statut, p. 296 & 297.

*Foi & hommage* Autrefois on rendoit foi & hommage des rentes aſſignées

ſur des fonds, I. p. 375. Démiſſion de foi, réception en foi, I. p. 504 & ſuivant.

*Forains.* Ce qu'on entend par ce mot, I. p. 613, 614.

*Formalités* judiciaires, 535. Il faut ſuivre les uſages du lieu où l'on plaide, ibid. & p. ſuiv. Peut-on par des conventions ſe ſouſtraire aux formalités preſcrites par les Loix pour la vérité & l'authenticité des actes, II. p. 398.

*Formalités* indiſpenſables à obſerver dans certains cas, I. 464. Combien elles ſont variées, 466. Regles ſur les formalités, 469 & ſuiv. Formalités habilitantes, 472 & ſuiv. Néceſſité d'un tuteur pour l'aliénation des biens des mineurs, eſt une formalité habilitante, 488. Formalités & ſolemnités requiſes *ante factum*, 491 & ſuiv. requiſes *in facto*, 492. Formalités probantes, ibid. & ſuiv. ſubſtantielles & intrinſeques, 498 & ſuiv. Formalités attachées aux choſes, 499. Formalités requiſes *ex poſt facto*.

*Franc & quitte* (Clauſe de) certifiée par une mere en mariant ſon fils, I. p. 654, 655 & ſuiv.

*Froland.* Ses Mémoires ſur les Statuts, I. p. 15, 16.

*Fruits.* A qui appartiennent les fruits pendants ſur les propres des conjoints au jour de la diſſolution du mariage, I. p. 804.

*Furieux.* La fureur ſurvenue annulle-t-elle le teſtament de celui qui en eſt atteint? II. p. 72.

## G.

*Garant.* Devant quel Juge doivent ſe pourvoir des aſſignés en garantie, à l'occaſion du paiement d'une Lettre de change? I. p. 373.

*Garde.* Ce que c'eſt que la garde en elle-même, II. p. 314. Garde nolle, 315. De combien de ſortes, 316. Quelle Coutume faut-il ſuivre pour décider de ceux qui ſont appellés à être gardiens, 320. A quoi faut-il ſatisfaire pour accepter la garde? 329 & ſuiv. De quels biens le gardien doit-il jouir? 339. Quelles ſont les charges du gardien, 340, 342 & ſuiv. Ne paie-t-il que la portion des dettes qui par la contribution doit être ſupportée par les biens dont il jouit, 346.

## H.

*Habilité* ou inhabilité de la perſonne, I. p. 181 & *paſſim*, 476 & ſuiv.

*Hainaut*, (autoriſation de la Coutume de) I. p. 485.

*Haro.* Ce que c'eſt en Normandie, I. p. 161.

*Héritier.* Peut-on être héritier & légataire dans une même Coutume?

Peut-on l'être en différentes Coutumes quand les unes & les autres admettent la maxime, nul ne peut être héritier & légataire d'un défunt, I. p. 238 & ſuiv. *Quid?* ſi les biens ſont ſitués en différentes Coutumes, 242. Coutumes muettes ſur l'incompatibilité de ces deux qualités, p. 248 & ſuiv. juſqu'à la page 272. Peut-on être héritier & donataire, p. 272 & ſuiv. Inſtitution d'héritier, p. 434 & ſuiv. Ce que c'eſt que l'inſtitution d'héritier, 436 & ſuiv. Eſt-elle une diſpoſition réelle, 437. Appartient-elle à la pure formalité, 437. Dans les Coutumes quel eſt l'héritier déſigné par la Loi? 438. Forme ancienne de teſter chez les Romains, ibid. Héritier par bénéfice d'inventaire, 538. Un homme domicilié à Paris, ayant pluſieurs enfants, marie ſon fils aîné & le déclare ſon principal héritier. Cet homme va enſuite demeurer dans une Coutume où le partage eſt moins avantageux pour l'aîné : *hoc in caſu, quid juris?* II. p. 443.

*Hertius* a fait un Traité *de colliſione legum*, I. p. 197. Critique Rodenburgh, ibid.

*Hollande.* Se vante de n'avoir jamais ſubi le joug des Romains, I. p. 431.

*Hôtel-de-Ville.* Comment ſe reglent les rentes qui ſe paient ſur l'Hôtel-de-Ville, I. p. 402. Le Roi a dérogé à la réalité de ces rentes, en faveur des Etrangers, 404.

*Huiſſier.* Si un Huiſſier porteur de pieces reçoit après la clôture du commandement, ſa quittance décharge-t-elle le débiteur, I. p. 455. *Quid*, ſi la quittance eſt dans le commandement même, ibid.

*Hypotheque* ſur les biens de Normandie, I. p. 502. Contrats paſſés pardevant Notaires, emportent hypotheque, 518. Contrat paſſé pardevant Notaires, en Pays étranger, emporte-t-il hypotheque ſur des biens ſitués dans une autre Nation, 626, 627. Arrêt du 23 Août 1737, (626.) Qu'eſt-ce que l'hypotheque, ibid. & p. ſuiv. Chez les Romains, comment s'acquéroit-elle? 627. Sentiment de l'Auteur ſur l'hypotheque, réſultant d'un contrat paſſé pardevant des Notaires étrangers, 628. Variété des opinions ſur cette queſtion, 629. Diſtinctions de l'Auteur, 630. Ordonnance de 1629, p. 633. Traités de 1718 & 1738, entre la France & la Lorraine pour la réciprocité de l'hypotheque, ibid. Arrêt de Carignan, 634. Principes de Rodenburgh ſur l'hypotheque, 818 & ſuiv. Maximes reçues en France ſur l'hypotheque, 820, 821 & ſuiv. Hypotheque de la femme pour la reſtitution de ſa dot, 821. *Quid juris*, quand une terre eſt ſituée en différentes Coutumes qui exigent différentes formalités pour l'hypotheque, 826.

## I.

*Immeubles.* Ils ont une aſſiette réelle & ſont régis par la Loi de la ſituation, I. 638. Voyez auſſi le Volume II. pag. 57. Mobiliſés, 59.

Immeubles très-fonds, & immeubles gagieres dans la Coutume de Metz, 64 & 65.

*Impartables*, (Grandes Seigneuries) I. p. 885.

*Incapacité* d'état & de condition particuliere, pure réelle, I. p. 105 & ſuiv. Perſonne incapable par état, comment devient-elle capable, 477.

*Indemnité* de la femme pour les dettes qu'elle contracte avec ſon mari pendant la communauté, I. 858 & ſuiv. Quelle eſt l'hypotheque pour l'indemnité quand la femme eſt ſéparée, 859. Queſtions mixtes ſur l'indemnité due aux femmes, 860, 861 & ſuiv.

*Inſinuation. Voyez* Donation. L'inſinuation eſt-elle une formalité ſubſtantielle ou conſtitutive, I. p. 519. Appartient-elle au contrat? ibid. Où doit-elle être faite? Ordonnance de 1731, 520 & ſuiv. Donation faite en Artois ſans inſinuation, eſt-elle valable? 521, 522. Queſtion relative à l'inſinuation, II. p. 70.

*Inſtance*, (Peremption d') I. p. 538, 539.

*Inſtitution* d'héritier. *Voyez* Héritier. Les inſtitutions d'héritier ont-elles lieu dans les Pays de Coutume? I. p. 439. *Quid*, chez les Romains, 440 & ſuiv. Provinces où l'inſtitution eſt permiſe, & Provinces où elle eſt défendue, 443 & ſuiv. A Malines un conjoint peut-il inſtituer ſon conjoint héritier? 460.

*Interdiction*, (Statut de l') I. p. 59.

*Intérêts*. Différentes queſtions ſur la ſtipulation d'intérêts de ſommes mobiliaires, II. p. 484 & ſuiv.

*Inventaire*. Différentes formes à remplir ſuivant les différentes Coutumes, pour la confection d'un inventaire, I. p. 507 & ſuiv. *idem* pour la clôture, 510, 511. Inventaire qui doit être fait avant le ſecond ou ſubſéquent mariage, 514, 515. Réglement du 14 Mai 1731, ibid. Formalités des inventaires dans la Coutume de Ponthieu, 585 & ſuiv.

## J.

*Jugements. Voyez* Arrêts. Jugements rendus entre un naturel d'une part & un étranger de l'autre, ſont inattaquables ſi l'étranger étoit demandeur, I. p. 609. *Quid juris*, ſi l'étranger étoit défendeur, 610. Jugement obtenu contre un étranger qui a demandé ſon renvoi ou qui n'a pas comparu doit être exécuté par proviſion, 610. Eſpece ſinguliere, ibid. & p. ſuiv. Jugements rendus en actions pures réelles, 618. Jugement rendu par des Juges étrangers, relativement à des biens ſitués en France, doit-il être exécuté en France? 622, 624. Arrêt du 21 Mai 1585, ibid. Autres Arrêts qui décident que des Juges ne peuvent prononcer

noncer ſur des biens ſitués ſous une domination étrangere, 624, 625. Jugements en actions tout à la fois perſonnelles & réelles, 635. Explication donnée par Burgundus, ibid. Quand dans une conteſtation il y a du réel dépendant du perſonnel, de maniere qu'en jugeant le perſonnel, le réel tombe, le Juge en réglant le perſonnel peut-il débouter du réel? 636. Exemples & Arrêts, ibid. & p. 637, 638. Jugements rendus en Pays étrangers; comment s'exécutent-ils en France? 638, 640, 644. Comment un Jugement peut-il être mis à exécution dans une Juriſdiction différente de celle où le Jugement a été rendu? 640. Eſt-il vrai que les Jugements étrangers ne s'exécutent pas dans le Royaume, & qu'il faut venir par nouvelle action, 646.

*Juge.* Ce qu'il peut défendre à ſes juſticiables, I. p. 157. Juges inférieurs peuvent-ils prononcer le banniſſement à perpétuité, 346. Juge n'a point d'autorité hors ſon territoire, 638.

*Juriſdiction.* Ce qui peut donner droit de juriſdiction, I. 606, 607. Maximes reçues chez nous ſur le fait de la juriſdiction & de la compétence, ibid. Juriſdictions ſont de droit public, 829.

*Juſticiers.* (Seigneurs) Quel eſt leur droit vis-à-vis de leurs juſticiables qui eſſuient une condamnation de corps & de biens, I. p. 342 & ſuiv.

## L.

*Légataire. Voyez* Héritier. Légataire d'un effet prohibé : lui eſt-il dû récompenſe ſur les biens libres, II. p. 417 & ſuiv. Peut-on impoſer à un légataire l'obligation de demeurer toute ſa vie dans un lieu, 435, 436.

*Légitime.* Coutumes qui admettent les filles mariées & excluſes à demander un ſupplément de légitime, I. p. 298. Comment ſe reglent les légitimes des enfants, ſoit en Pays de Coutumes, ſoit en Pays de droit écrit, 312, 313, 314 & ſuiv. Quelle eſt-elle en Normandie? 319 & ſuiv.

*Légitimité* de la naiſſance, (Statut de la) I. p. 62.

*Legs* univerſel. *Quid*, en Pays coutumier, 440. Legs d'une ſomme de deniers ſtipulée propre, II. p. 129. Principes du droit Romain ſur les legs, 171.

*Lettres* de change. *Voyez* Change.

*Lettres* obligatoires. Quand ont-elles une exécution parée? I. 639. Paſſées devant un Juge Royal, elles ſont exécutoires par-tout, ibid. *Secùs*, ſi elles ont été reçues par un Officier Seigneurial, ibid.

*Lods & ventes* pour les rentes conſtituées, I. p. 378.

*Loi.* Effets d'une Loi nouvelle, II. p. 187. Peut-on par quelques conventions obvier à la variété des Loix, 370. Loi négative, prohibitive, peut-on en empêcher l'exécution, II. p. 525.

*Lorraine.* Déclaration du 9 Avril 1747 concernant les Tribunaux où doit être portée la diſcuſſion des biens qu'un débiteur poſſede en France & en Lorraine, I. p. 647.

*Lubec*, (Statut de) I. p. 457.

# M.

*Main aſſiſe. Quid?* en Artois, I. p. 823.

*Majorité.* En Normandie, I. p. 178 & ſuiv. D'où ſe prend la majorité néceſſaire pour preſcrire quand le domicile du créancier, celui du débiteur & la ſituation de l'héritage ſont différents, 373.

*Marchand.* En Anjou un marchand a deux ans pour demander aux Bourgeois le paiement des marchandiſes qu'il leur a vendues, I. p. 265. A Tours, il n'a que ſix mois, 366.

*Marchands.* Ont pour raiſon de leur commerce le choix d'attaquer leur débiteur devant le Juge de ſon domicile ou devant le Juge du lieu où doit ſe faire le paiement, ou devant le Juge du lieu où la marchandiſe a été fournie, I. p. 607, 608.

*Mariage.* Ce qui entre en Normandie dans la liquidation du mariage avenant, I. p. 400. Le Juge qui eſt compétent pour ſtatuer ſur la validité d'un mariage, l'eſt auſſi pour juger la validité des conventions matrimoniales, 604, 776 & ſuiv. Peut-on changer les conventions matrimoniales, 801. Quelle eſt la Loi qui regle le contrat de mariage? 802.

*Mari.* Origine de ce brocard de droit : *le mari ne peut ſe lever aſſez matin pour vendre le bien de ſa femme*, I. p. 853.

*Maritation* & dotation requiſes par pluſieurs Coutumes pour opérer l'excluſion des filles, I. p. 297. Dans le concours des Coutumes dont les unes n'exigent que la ſimple maritation, d'autres exigent une dot, les unes admettent au ſupplément de légitime, d'autres n'y admettent pas, comment ſe fait l'imputation de ce que la fille dotée a reçu? p. 299. Eſpece, ibid. Sentiment de Lebrun ſur cette queſtion, 300 & ſuiv. Sentiment de l'Auteur, 305 & ſuiv. Différentes eſpeces pour éclaircir la queſtion, 309.

*Meſure.* En fait de meſure faut-il ſe décider par la Loi du contrat, ou par celle de la ſituation? II. p. 496 & ſuiv.

*Meubles.* Suivent la perſonne, I. p. 338. Sont attachés au domicile, 339. Ont-ils une aſſiette? ibid. Précieux, 340. Uſtenſiles d'hôtel, échalas, 341. Diſcuſſion des meubles, 526, 527. Où ont-ils leur aſſiette, 836. Choſes réputées meubles dans un endroit & immeubles dans un autre, 841. Héritier des meubles en Artois eſt obligé de payer toutes les dettes immobiliaires, II. p. 59. Meubles qui ſont eſſentiellement meu-

bles, meubles qui ne ſont tels que par fiction, 64. Tradition de meubles, 475.

*Mineur.* Sa capacité ou incapacité d'état, I. p. 92, 93 & ſuivantes. Si étant mineur dans le lieu de ſon domicile, il vendoit un immeuble ſitué dans une Coutume où il ſeroit majeur, *quid juris?* Déciſion de Burgundus, p. 197. Mineur émancipé, quel eſt ſon état? 198. Dumoulin propoſe la formalité ſans laquelle le mineur de vingt-cinq ans ne peut aliéner, 463. Ce qui habilite le mineur, ibid. Que peut-il faire hors l'étendue de ſon domicile, 464. Majeur peut-il devenir mineur, en changeant de domicile? II. p. 19 & ſuiv. Mineur legue à ſon héritier, & devient majeur, le legs ſubſiſtera-t-il? 194.

*Miſe* de fait. *Quid?* en Artois, I. p. 823.

*Mobiliaires* (Sommes) ne produiſent point d'intérêts en Normandie, quand elles ne ſont point conſtituées dans la Province, I. p. 368 & 369. Exception pour les marchands. Eſpece qui donne lieu à une queſtion mixte, 369. Un teſtateur domicilié à Paris, ayant des héritages en Normandie, meurt après la ſaint Jean & avant que les grains ſoient coupés, *quid juris*, entre des légataires, des héritiers aux meubles & des héritiers aux propres, 841 & ſuiv.

*Molin* (Me Charles du) combat le ſentiment de Barthole & d'Alexandre, &c. I. p. 18, 19.

*Mort* civile, (Statut de la) I. p. 64.

*Mots.* Si la différence des mots peut déterminer la nature du Statut réel, ou perſonnel. Cas où les termes peuvent par leur arrangement opérer une diſpoſition différente, I. p. 20, 21.

*Mutuel*, (Don) II. p. 132 & ſuiv. 185 & ſuiv. 466.

# N.

*Nantiſſement*, I. p. 502. Coutume d'Artois eſt une Coutume de nantiſſement, 823. Queſtion de nantiſſement, 825.

*Néceſſité* jurée, *quid*, en Artois? I. p. 220.

*Nobleſſe*, (Statut de la) I. p. 67. Mot d'Elizabeth, Reine d'Angleterre, ſur la nobleſſe accordée par des Souverains étrangers, ibid.

*Noces.* Edit des ſecondes noces, I. p. 807. Quels avantages une femme ayant enfants, peut-elle faire à ſon ſecond mari ſur les conquêts de ſa premiere communauté? I. p. 806 & ſuiv. Explication de l'article 279 de la Coutume de Paris, 808 & ſuiv.

*Normandie* (Coutume de) admet le Sénatuſconſulte Velléien; la Loi *Julia* empêche l'aliénation du bien des femmes, I. p. 195 & ſuiv. Admet-elle

la communauté? 771 & ſuiv. La femme ne partage dans les acquiſitions de ſon mari qu'en qualité d'héritiere, 778, 779. Mari maître de gérer & d'adminiſtrer, 781. *Voyez* Communauté. Explication de pluſieurs principes généraux de la Coutume de Normandie, II. p. 297.

*Notaires.* Ce qu'opere leur préſence & leur ſignature dans les actes, I. p. 450. Ne peuvent inſtrumenter valablement hors du lieu pour lequel ils ſont créés Notaires, 638. Notaires du Châtelet de Paris, II. p. 505. Droit de concurrence dont ils jouiſſent, ibid. & p. ſuiv.

*Novelle*, 61. *Voyez* Dot.

## O.

*Obligation* ſolidaire, II. p. 463.

*Octroi*, (Lettres d') I. p. 419, 589 & ſuiv.

*Œuvres de la Loi*, I. p. 388, 501.

*Officiers.* Quel eſt leur domicile? I. p. 837 & ſuiv.

*Olographe. Voyez* Teſtament.

*Oppoſitions* à fin de conſerver, formées aux ſaiſies réelles ſe reçoivent en Bretagne juſqu'à ce que la diſtribution du prix ſoit conſommée & les hypotheques ſont conſervées, I. p. 551. A Paris & dans pluſieurs autres Coutumes elles ne ſe reçoivent que juſqu'à ce que le décret ſoit levé & ſcellé, 552. Un décret ſe pourſuit à Paris de biens ſitués en Bretagne, *aut vice verſâ*, quel ſera l'effet des oppoſitions formées après le décret levé & ſcellé, mais avant l'ordre? 552. Eſt-ce la Loi de la ſituation qui doit décider? 553. Acte de notoriété du Parlement de Bretagne, du 13 Février 1697, ibid.

*Orateur Romain.* Ce qu'il penſoit des ſubtilités de ceux qui s'arrêtent au mot, ſans conſulter l'équité, I. p. 475.

*Ordonnance* de 1539 diſpenſe de diſcuter le mobilier d'un débiteur avant que de paſſer à la vente de ſes immeubles, I. p. 526, ne s'obſerve point en Artois, ibid. ni en Franche-Comté, 527.

*Ordre* d'un bien vendu par décret. Uſage du Parlement de Paris, uſage du Parlement de Toulouſe, I. p. 549. Cet uſage ou Juriſprudence appartient-il à la maniere de procéder, ou *ad meritum & deciſionem?* ibid. & p. 550. Uſage de Bretagne. *Quid*, ſi le débiteur eſt mort domicilié en Bretagne, laiſſant des biens répandus ſous différentes Coutumes où l'uſage eſt de procéder par ſaiſie réelle ſur l'héritier, au lieu de la part des créanciers d'une ſucceſſion bénéficiaire, de faire l'ordre entre eux conformément aux articles 576 & 577 de Bretagne, 550, 551.

# P.

*Paiement.* Quelle Loi faut-il ſuivre pour le paiement? II. p. 498 & ſuivant.

*Paraphernaux.* (Biens) Si la femme peut en diſpoſer à ſa volonté dans les Pays de Droit écrit, I. p. 207, 208, 221. *Voyez* Domicile.

*Pareatis.* D'où vient la néceſſité des *pareatis* ou commiſſions rogatoires, I. p. 640. *Pareatis* du grand Sceau, 640, 644. *Pareatis* des Chancelleries près les Parlements, 641.

*Paris.* (Bourgeois de) Leur privilege de ne pouvoir être contraints de plaider, en défendant, ailleurs qu'en la Ville de Paris, I. p. 620.

*Partage.* Autant de ſortes de partages que de Coutumes, I. p. 230 & ſuiv.

*Pluralité.* Si la pluralité des Coutumes détermine l'univerſalité des diſpoſitions perſonnelles, I. p. 181.

*Poitou,* (Article 203 de la Coutume de) concernant les donations entre vifs, I. p. 206. Rapprochée de la Coutume de Paris, ibid.

*Police,* (Réglements de) aſſujettiſſent les étrangers qui ſéjournent en paſſant, I. p. 157, 158 & ſuiv. Police perſonnelle, il faut avertir les étrangers qui y manquent avant que de les punir, 159, 160.

*Préciput* en fief, I. p. 885.

*Prélegs.* Coutumes qui admettent les prélegs, I. p. 242 & ſuiv.

*Preſcription* de cinq ans pour les arrérages des rentes conſtituées, introduite en 1510 par Louis XII, I. p. 384. Preſcription contre un titre, 529, 530.

*Prêt,* II. p. 477 & ſuiv.

*Privilege* d'Arrêt. *Voyez* Arrêter. Privilege & préférence ſur les meubles, I. 832 & ſuiv. Privileges attachés à la choſe, II. 313. Privileges attachés à la perſonne, ibid.

*Procéder.* Inſtruction & maniere de procéder : *Judiciorum ordinatoria.* Principes de déciſion. *Litis deciſoria,* I. p. 535. Il ne faut pas confondre les choſes qui appartiennent *ad modum procedendi,* & celles qui appartiennent *ad deciſionem cauſæ.*

*Procuration ad lites.* Comment ſe regle ſa durée, I. p. 544, pour recevoir à la ville, 545.

*Prodigue.* Celui qui eſt jugé prodigue par un Juge compétent, eſt partout réputé tel, I. p. 603.

*Propres.* En connoît-on dans les Pays de Droit écrit, 231. Deniers ſti-

pulés p ropres & immobiliers par contrat de mariage, II. p. 113 & ſuiv. *Voyez* Deniers. Différentes queſtions de propres, 122 & ſuiv. Prix des propres vendus, 181. Quand un propre eſt vendu, eſt-ce la Loi de la ſituation qui régit le prix, ou la Loi du domicile de celui qui meurt le premier, 183.

*Protêt.* Quelles formalités faut-il ſuivre pour les protêts? I. p. 369.

*Puiſſance* maritale, (Statut de la) I. p. 61.

*Puiſſance* paternelle, (Statut de la) I. p. 68, II. p. 30, 31, 32. Différentes queſtions ſur la puiſſance paternelle, juſqu'à la page 53.

# R.

*Rabattement* d'un décret. *Voyez* Décret.

*Raiſon.* Il faut concilier les Loix avec la raiſon, I. p. 797.

*Rapport* d'héritages en la main du Seigneur, I. p. 823.

*Réalité*, droit de la réalité des Loix dans les teſtaments. *Voyez* Teſtament. En fait de diſpoſitions teſtamentaires, il faut ſuivre la réalité, II. p. 109. Queſtion mixte relative à cet objet, 109, 110.

*Réconduction.* La tacite réconduction eſt-elle dans le Royaume un droit général, II. p. 453.

*Réfugiés. Voyez* Anglois.

*Réglement* de 1666, I. p. 478 & ſuiv.

*Religieux.* Peut-il teſter avant que de faire ſes vœux, II. p. 167, 168. De quelle eſpece d'incapacité eſt-il affecté en faiſant profeſſion, ibid.

*Remplacement* de propre aliéné de Coutume à Coutume n'a pas lieu en Normandie, I. p. 864.

*Remploi.* Queſtions mixtes ſur l'hypotheque du remploi du prix des propres vendus, I. 848. La Coutume d'Anjou ne donnoit pas de récompenſe à la femme pour l'aliénation faite de ſes propres par ſon mari, ſi ce n'eſt dans le cas où l'héritage de la femme avoit été vendu pour payer les dettes perſonnelles du mari; mais cela a été changé par deux Arrêts des 2 Septembre 1583 & premier Décembre 1604, p. 849. Quelle eſt la raiſon de l'action de remploi, 853, 854. Le remploi a lieu contre un mari ſéparé de biens d'avec ſa femme. Pourquoi? 855. Quelle eſt l'hypotheque de la femme, ſi les biens de ſon mari ſont ſitués en Coutumes qui ne la donnent que du jour de l'aliénation, tandis que par la Loi du domicile matrimonial, cette hypotheque lui eſt acquiſe du jour de la célébration de ſon mariage, 856. *Quid*, ſi la femme renonce à la communauté, 857. Il y a en Normandie deux ſortes de remplois, 865, 870, 871. Le mari non commun ou ſéparé, doit à ſa femme le remploi de ſes propres ven-

dus, II. p. 24. Explication de cette maxime que *le mari doit le remploi, &c.* ibid.

*Renonciation* à la communauté. *Voyez* Communauté.

*Renonciation* des filles, qu'opere-t-elle, I. p. 323 & *passim*. Quelle doit-elle être, 324 .... légale, statutaire & de maritation, ibid. Ses effets, 325 & suivant.

*Rentes* constituées. Leur essence & leur nature, I. p. 374. Ce qui leur a donné naissance, & les a rendues communes, 375. N'étoient pas rachetables autrefois, 380. Se régloient par la Loi de la situation des biens, 381. Dumoulin fait changer la Jurisprudence sur les rentes, 382 & 383. Arrêt du 10 Mai 1557, qui ordonne la radiation de l'article 58 de l'ancienne Coutume de Paris, qui assujettissoit les rentes constituées à des droits Seigneuriaux, 383. Rachetables, depuis quand? 384. Autrefois sujettes à retrait, 377. Pourquoi ne sont pas mises au rang des immeubles dans certaines Coutumes; pourquoi y sont-elles mises dans d'autres, 386 & suiv. Rentes hypothéquées, rentes non hypothéquées, *quid?* dans la Coutume de Ponthieu, 388. Sont susceptibles de la qualité de propres, ib. Sont aujourd'hui volantes, 392. Comment se reglent, pour le douaire, le don mutuel, 397. Les enfants d'une femme domiciliée à Paris, n'ont point de douaire à prétendre sur les rentes constituées en Normandie, 398. Rente constituée à Paris, payable à Paris, par un Bourgeois de Paris au profit d'un habitant d'Artois, est-elle susceptible d'hypotheque? 398 & 399. En Normandie, les rentes constituées sont soumises à la Loi de la situation des biens hypothéqués, 399. Les rentes constituées entrent-elles dans la liquidation du mariage avenant des filles de Normandie, p. 400. A Paris, on suit la Loi du domicile du créancier pour régler la nature des rentes constituées, 400, 401 & suiv. *Quid?* si le créancier change de domicile, 404. *Quid*, quand un tiers a un droit acquis à ces rentes, 405. Créancier qui, lors de la constitution, demeuroit dans une Coutume où les rentes sont immeubles, ne peut changer de domicile au préjudice de ses créanciers, 405 & suiv. c'est le moment de l'échéance des rentes qu'il faut considérer pour décider les questions qui naissent à ce sujet, 412 & 413. Rentes viageres, 501. Constitution de rentes, II. p. 472 & suiv.

*Rente fonciere*. Faculté de racheter une rente fonciere se prescrit par trente ans, I. p. 386.

*Réserves* coutumieres, comment se reglent, I. p. 314 & suiv. Comment elles different de la légitime de droit, 321 & suiv.

*Retrait*. Formalités qu'il faut suivre, I. p. 500.

*Riot*. (M.) Son éloge, II. p. 160.

*Riparfons*. (M. de) Son éloge, II. p. 161.

*Rodenburgh*. Ce qui l'a porté à faire son Traité, I. p. 15.

# S.

*Saiſie féodale.* Si l'interpellation du Seigneur eſt néceſſaire avant qu'il paſſe à la ſaiſie, I. p. 472.

*Saiſine* légale, I. p. 255. Autrefois on prenoit ſaiſine des rentes, 376, 379. Effets de cette ſaiſine dans les Coutumes de Senlis, Clermont & Valois, 394 & ſuiv. Saiſine & deſſaiſine, 502, 503, 504.

*Saiſir.* Le mort ſaiſit le vif, I. p. 236 & ſuiv. Héritier inſtitué d'un homme domicilié en Pays de Droit écrit, lequel eſt ſaiſi en Pays de Droit écrit, eſt-il ſaiſi en Pays de Coutumes, p. 237, 238. Quand peut-on ſaiſir les immeubles d'un débiteur majeur, I. p. 527. Saiſir les meubles, les immeubles & la perſonne, ibid. Pour ſaiſir des immeubles, quelle Loi faut-il ſuivre? 529. Maniere de procéder pour ſaiſir réguliérement, ſoit meubles, ſoit immeubles, 826. Où doit-on porter une ſaiſie réelle faite en vertu d'Arrêts & exécutoires, 626 & ſuiv. Comment ſe regle le droit des ſaiſiſſants, 834.

*Sceau.* Pourquoi les actes des Notaires doivent être ſcellés, I. p. 641. *Idem* des Sentences & Jugements, 642. Donne droit de coaction, ibid. C'eſt le grand ſceau qu'on emploie pour l'exécution des actes & Jugements étrangers, ibid. On ſe pourvoit en grande Chancellerie, 643. Les ſceaux Royaux ſont-ils attributifs de juriſdiction en actions perſonnelles, 831.

*Scel* (le Garde-) ordonnoit autrefois, par forme de Jugement, l'exécution des conventions, I. p. 641 & 642.

*Seigneuriaux.* (Droits) Peut-on ſtipuler les intérêts des droits Seigneuriaux, II. p. 481 & ſuiv.

*Sentence.* Ce qui y eſt de ſolemnité, I. p. 454. Sentences des Conſuls & de la Conſervation s'exécutent ſans *viſa*, ni *pareatis*, 641.

*Séparation*, comment doit ſe faire, I. p. 536. Queſtion mixte relative à une ſéparation, ibid. & p. ſuiv.

*Situation.* La Loi de la ſituation régit les biens entiérement & ſans reſtriction, I. p. 230, 231, II. p. 178. Il faut obéir aux Loix prohibitives de la ſituation, 411.

*Sœurs :* excluſes en collatérale par les freres en Normandie, I. p. 232.

*Solemnités* des actes. *Voyez* Actes. Solemnités intrinſeques & extrinſeques, I. p. 506. Exemples, 507 & ſuiv. II. p. 66, 67.

*Soucheres.* (Coutumes) *Voyez* Coutumes.

*Statuts.* Leur diviſion, I. p. 25. Ce que c'eſt qu'un Statut réel. Ce que c'eſt qu'un Statut perſonnel, p. 25, 38, 39, 40, 41. S'il y en a de mixtes.

D'Argentré

D'Argentré & Burgundus penſent qu'il y a des Statuts mixtes. Ces deux Auteurs ſe diviſent ſur la nature du Statut mixte. D'Argentré eſt combattu par Burgundus. D'Argentré ſe contredit lui-même, p. 27, 28, 122, 123 & ſuivantes juſqu'à la page 140. Différence entre les Statuts réels & perſonnels, p. 145 & ſuiv. 176, 177. Caracteres diſtinctifs entre le Statut réel & le Statut perſonnel, 189, 196. Statuts réels proprement dits, p. 223 & ſuiv. Comment Balde, Dumoulin, Hertius, Gotlieb-Gerhard Titius, définiſſent les Statuts, p. 29, 30, 31. Syſtême de Me Prévôt de la Jannès ſur les Statuts, p. 33, 34, 35. Statut perſonnel particulier, perſonnel réel, *quid?* p. 50, 51. Exemples de Statuts perſonnels, p. 51. Statut de la majorité & de la minorité, p. 52 & ſuiv. De l'interdiction, p. 59. De la puiſſance maritale, 61. De la légitimité de la naiſſance, 62. De l'excommunication, 64. De la mort civile, 64, 65, 66. De la nobleſſe, 67. De la puiſſance paternelle, 68. Statut concernant les Aubains, 69. Regles pour diſcerner les Statuts perſonnels d'avec les Statuts réels, 74, 75, &c. Définition du Statut perſonnel, 78, 79 & ſuiv. Modification de cette définition, 81. Définition du Statut réel, 83. Autres définitions par Voet, 85. Sentiment de M. le Préſident Bouhier, 84, 85, 86. De Voet, 87. De Dumoulin, de Mævius, 87, 88. Diſcuſſion d'une opinion de Dumoulin ſur l'étendue du Statut, ſoit perſonnel, ſoit réel, 90, 91. Principes de l'Auteur ſur les Statuts, ſoit réels, ſoit perſonnels, p. 101 & ſuiv. Dans le doute de la perſonnalité ou de la réalité du Statut, il faut le décider réel, p. 107 & ſuiv. M. le Préſident Bouhier, dans ce cas, l'eſtime perſonnel, ibid. Regles qu'il a envoyées à l'Auteur, ibid. Examen diſcuté de ces regles, ibid. & 108, 109 & ſuiv. Inconvénients de la réalité pouſſée trop loin, 116. Coutumes qui prohibent les donations, ſont-elles Statuts réels ou perſonnels? 117. *Quid*, de celles qui autoriſent les renonciations des filles, ibid. Nouvelles réflexions de l'Auteur ſur les regles de M. le Préſident Bouhier, 119, 120 & ſuiv. Si les Statuts perſonnels s'étendent au delà des limites de la juriſdiction, 152, 172 & ſuiv. Statuts réels, s'ils ſont renfermés dans l'étendue du territoire, 152, 153. Statuts particuliers perſonnels réels, 183. Statuts énonciatifs, diſpoſitifs, négatifs, prohibitifs, 183, 184 & ſuiv. Statut qui défend de contracter, quel eſt-il? 196. Celui qui défend l'aliénation des biens dotaux eſt-il perſonnel ou réel? 217, 218 & ſuiv. Eſpece ſinguliere ſur différents changements de domicile, 408, 409. Statuts qui reglent les actes, p. 414 & ſuiv. Statuts qui reglent les formalités ſont réels, p. 428. Les articles 127 & 128 du Réglement du Parlement de Normandie forment-ils des Statuts réels ou des Statuts perſonnels? 478 & ſuiv. Le Statut concernant la ſolemnité d'un acte eſt-il perſonnel? 499. Statuts ordinatoires, Statuts déciſoires, 541, 542, 543. Différents exemples pour éclaircir la matiere des Statuts ordinatoires & déciſoires, ibid. & p. ſuiv. Statut qui permet de teſter, eſt-il réel ou perſonnel? 725, 726. Principes de Dumoulin, 726, 727 & ſuiv. *Voyez* Teſter. Statuts permiſſifs ou prohibitifs, 720. Statut qui permet de teſter des meubles, 725. Statut de la communauté eſt-il réel ou perſonnel? 736, 737 & ſuiv. Opinions de différents Juriſcon-

ſultes ſur cette queſtion, 738 & ſuiv. Statuts perpétuels & immuables dans leur effet, II. p. 11 & ſuiv. Statuts qui affectent la perſonne *in vim conventionis tacitæ*, autres qui l'affectent *in vim ſolius legis*, ibid. Comment peut-on prendre un parti ſage au milieu de tant de Statuts qui ont des effets ſi différents? 12. Statut du don mutuel, eſt un Statut réel.

*Stipulation* de propres, II. p. 113 & ſuiv.

*Style* ou maniere de procéder ne touche point au fond de l'affaire, I. p. 541.

*Subrogation* d'une caution qui a payé, aux droits du créancier principal contre d'autres cautions, I. p. 655. Eſt-elle de droit, ibid. & p. 656.

*Subſtitutions.* En Bourgogne il faut compter les dégrés par générations quant aux anciennes ſubſtitutions, I. p. 236. En Bretagne il faut des Lettres-Patentes qui dérogent à la Coutume, 500. A Toulouſe, le grévé de ſubſtitution eſt obligé de donner caution, II. p. 464. Queſtion mixte à cette occaſion, ibid. Subſtitution faite *ſi ſine liberis*, eſt-elle graduelle, p. 531.

*Succeſſifs.* (Droits) Le plus sûr eſt de ſe déterminer à cet égard par la Loi de la ſituation, I. p. 331.

*Succeſſions.* Dans les ſucceſſions, les meubles & les actions ſuivent la Loi du domicile mortuaire, I. p. 358. En fait de ſucceſſions, il faut ſuivre la Loi de la ſituation, II. p. 385. Application de ce principe à quelques eſpeces, ibid. & p. ſuiv.

*Supplément. Voyez* Légitime.

*Survie.* (Gains nuptiaux de) Quelles ſont les Loix qui reglent ces ſortes de gains que nos Coutumes accordent aux conjoints, II. p. 259. Principes qui, dans le concours des différentes Coutumes, donnent les gains de ſurvie quand on convient du titre auquel ces droits ſont déférés, 259 & ſuiv. Droits de ſurvie appartenants aux conjoints à raiſon de la dot, 267 & ſuiv. Différents droits de ſurvie, ibid. Droits de ſurvie à raiſon de la communauté, 277. Droits de ſurvie, accordés à titre héréditaire, 290 & ſuiv. Droits de ſurvie accordés à la qualité de pere veuf, 296. Diſſertation ſur une queſtion de droit de ſurvie par rapport à une terre achetée en Normandie par un mari & une femme domiciliés à Paris & communs en biens, 297 & ſuiv.

# T.

*Teſtaments.* (Formalités ou ſolemnités des) Faut-il ſuivre la Loi du lieu où ſe fait le teſtament, I. p. 422 & ſuiv. Avis des différents Auteurs, ibid. & p. 423, 424, 425. Forme du teſtament, 426. Formes atteſtatoires, 429. Forme des teſtaments ſous les premiers Rois de France, 431. En Pays de Coutume, 432. En Pays de Droit écrit. Un teſtament fait dans un lieu où le nombre de deux témoins ſuffit, peut-il être exé-

cuté dans les lieux qui en exigent un plus grand nombre, 434, 435 & ſuiv. Droit de la réalité des Loix dans les teſtaments, 443. Explication de quelques articles de l'Ordonnance de 1735, 444 & 445. Ce qui appartient à la ſolemnité dans un teſtament, 454. Ce qui eſt requis à Cambrai pour teſter valablement, 500. Capacité de faire un teſtament, 707, 708 & ſuiv. Cette faculté eſt-elle du droit des gens? 707; eſt-elle du droit civil? 709; eſt-elle perſonnelle & ſe porte-t-elle par-tout? 711, 712. Eſt-elle perſonnelle réelle? 713. Capacité des Normands, 717. Capacité de teſter eſt perſonnelle; de diſpoſer de tels & tels biens eſt réelle, 720. Le changement de domicile peut-il influer ſur la validité d'un teſtament précédemment fait? II. p. 73. Queſtion ſur les teſtaments olographes, ibid. Diſpoſition teſtamentaire & mutuelle, 137 & ſuiv. Principes du Droit Romain ſur les teſtaments, 164 & ſuiv. Quel temps il faut examiner en fait de teſtament, 166, 167. Regles de Barthole, 172. Peut-on perdre le droit de teſter, en changeant de domicile, 189 & ſuiv.

*Teſter.* A quel âge eſt-il permis de teſter, I. p. 696. Uſages des différentes Coutumes, 696 & 697. *Quid*, dans les Coutumes muettes, 698. Il eſt permis de teſter au même âge où il eſt permis de diſpoſer entre vifs, 699. Le Statut qui permet de teſter, eſt-il réel ou perſonnel, 699 & ſuiv. Diſcuſſion des opinions des Auteurs, 704, 705 & p. ſuivantes. Loi du domicile & Loi de la ſituation ſont à conſidérer, 721. Syſtême de l'Auteur d'accord avec tous les Arrêts, 721, 722, 723. Syſtême de M. le Préſident Bouhier, 724. Fixer une Loi générale pour la capacité de teſter, p. 731.

*Tiraqueau :* ce qu'il penſe de la regle de Barthole pour la diſtinction des Statuts, I. p. 19, 20, 21.

*Titre* exécutoire & paré, I. p. 525 & ſuiv. Exécution du titre, 528 & ſuiv.

*Tutele.* Quels ſont les droits d'un tuteur, II. p. 317.

# U.

*Uſages.* Il faut ſuivre les uſages des Pays où l'on diſpoſe, I. p. 442. Des juſtices où l'on plaide, 543, 544. *Quid juris?* quand on plaide dans une juſtice déléguée, 545, 546.

*Uſufruit.* (Vente d') Un engagiſte vendant une portion du domaine engagé, eſt-il dû des droits au Roi, cette vente ne tranſportant qu'un droit de jouir, incertain & momentané, I. p. 882, 887 & ſuiv.

# V.

*Validité* ou invalidité d'un acte, II. p. 72. *Voyez* Acte.

*Velléien* (Sénatuſconſulte) eſt-il Statut réel ou perſonnel? I. p. 187, 188.

Ce que penſe M. Froland à ce ſujet, 190. Syſtême de l'Auteur, 191 & ſuiv. Femme de Paris peut cautionner, 398. En Normandie, ne le peut même avec autoriſation, II. p. 13.

*Vente* d'immeubles. En Province on ne peut vendre des immeubles à l'encan, & il y a des formalités à garder. Si un créancier vend en exécution d'un Arrêt du Parlement de Paris, des héritages ſitués en Province, ſera-t-il tenu de remplir ces formalités de Province? I. p. 562, 563. Faculté de ſe repentir juſqu'à la tradition, II. p. 452, 454, 455. Caution que le vendeur eſt obligé de donner dans certaines Coutumes, 460 & ſuiv.

*Vermandois* (Coutume de) eſt une Coutume de veſt & de deveſt, I. p. 505.

*Veſt* ou deveſt, I. p. 501, 504, 505.

*Viduité* (Droit de) en Normandie, II. p. 58, 184 & ſuiv.

*Vitioſum* (*quod ab initio*) *&c.* Explication de cette regle, II. 165.

*Vivant.* Dernier vivant, tout tenant. *Quid*, en Artois, II. p. 413.

*Fin de la Table des Matieres.*

# DE JURE
## *QUOD ORITUR*
# EX STATUTORUM
## *VEL CONSUETUDINUM*
# DIVERSITATE.

# DE IURE

QUOD NATVRA

# EX STATVTORVM

PAS QUIDEVAM

# DIVERSITATE

# INDEX

*Titulorum & Capitum quæ in Tractatu Rodemburgii, cui titulus eſt,* de Jure quod oritur è Statutorum diverſitate, *continentur.*

## TITULUS PRIMUS.

*De Statutis perſonalibus ac realibus,* page 1

Cap. I. *Veterum Scriptorum de Statutis excutitur opinio,* 1
Cap. II. *De diviſione Statutorum, ac præterea quæ perſonalia, quæ realia ſint, & num dentur mixta?* 4
Cap. III. *De effectu Statuti perſonalis & realis, ac ratione ejuſdem, ac præterea quid Juris iis in legibus, quæ non in abſtracto de perſonarum conditione latæ, ſed in actus certos conceptæ ſtatum tamen perſonarum turbant,* 7

## TITULUS SECUNDUS.

*De Jure quod oritur ex Statutorum diverſitate, immoto manente perſonarum domicilio,* 10

Cap. I. *De Juris illâ diverſitate circa Statuta perſonalia,* 10
Cap. II. *De Juris diverſitate circa Statuta mere realia,* 14
Cap. III. *De Satutis quibus certo actui à perſona peragendo lex imponitur & quidem circa ſolemnitatem,* 19
Cap. IV. *De licentia teſtandi fraquentata Trajectinis,* 25
Cap. V. *De Statutis realibus quæ circa actûs ſeu diſpoſitionis verſantur ſubſtantiam,* 33

## TITULI SECUNDI

### PARS ALTERA.

*De Jure quod oritur ex Statutorum diverſitate, mutato domicilio,* 55

Cap. I. *De diverſitate Juris circa Statuta perſonalia,* 55
Cap. II. *De Juris diverſitate circa Statuta mere realia mutato domicilio,* 59
Cap. III. *De Juris diverſitate circa actus, & quidem ratione ſolemnitatis,* 61

Cap. IV. *De diverſitate Juris, mutato domicilio, circa actûs ſubſtantiam,* page 63

## TITULUS TERTIUS,

### PARS PRIOR.

*De pactis quibus obviam itur Juris diverſitati, immoto perſonarum domicilio,* 71

Cap. I. *De Statutis perſonalibus,* 71
Cap. II. *De pactis quibus obviam itur Juris diverſitati, quam domicilio non moto excitant Statuta mere realia,* 74
Cap. III. *De pactis quibus diverſitati Juris immoto occurritur domicilio, & quidem circa actûs alicujus ſolemnitatem,* 78
Cap. IV. *De pactis quibus itur obviam Juris diverſitati, quam immoto domicilio producunt Statuta realia, circa actûs ſubſtantiam,* 79

## TITULUS QUARTUS,

### PARS ALTERA.

*De pactis occurrentibus Juris diverſitati, domicilio mutato,* 84

Cap. I. *De pactorum effectu circa Statuta perſonalia,* 84
Cap. II. *De pactis mutato domicilio occurrentibus Juris diverſitati circa ſtatuta mere realia,* 90
Cap. III. *De pactis verſantibus circa ſolemnitatem actûs, domicilio mutato,* 94
Cap. IV. *De pactis occurrentibus Juris diverſitati, mutato domicilio circa actûs ſubſtantiam,* 95

FINIS.

# DE JURE
## *QUOD ORITUR*
# EX STATUTORUM
## *VEL CONSUETUDINUM*
# DIVERSITATE.

## TITULUS PRIMUS.

*De Statutis perſonalibus ac realibus.*

### CAPUT PRIMUM.

*Veterum Scriptorum de Statutis excutitur opinio.*

QUONIAM apud nos Civitates fere ſingulæ, nedum Provinciæ, ſuas eaſdemque inter ſe diverſas leges ac inſtituta tulêre, fit ut hujus loci quæſtiones occurrant multiplices, per totum hunc tractatum ſe diffundentes. Proinde recte atque ordine facturum me puto, ſi in ipſo ſtatim limine, ne ſequentium ſeries ſæpiùs interrumpatur, continenti ſcriptione materiam in univerſum excuſſero. Cæterùm cùm perpaucæ exſtent Regiones, quæ Jure ſcripto regantur, quo per matrimonium in viri poteſtatem non tranſit uxor, de maritali in univerſum

poteſtate, uſus hæc tractatio rarioris eſt; crebrioris illa, quæ ſuper effectibus ejuſdem inſtituitur, prout per cujuſque Regionis mores laxior ea viget, aut reſtrictior. Alibi enim, ut apud Hollandos, poteſtate præfulget maritus longe ampliſſimâ, quorumlibet propriorum, uxoriorumque bonorum liberrimâ diſpoſitione gaudens, ademptâ uxori, utrorumque adminiſtrandorum poteſtate. Alibi (ut apud nos civicâ lege cautum eſt) in immobilibus alienandis uxorio conſenſui alligata poteſtas eſt, ſi communem ex ea prolem non ſuſtulerit maritus, quod apud Amersfurtienſes indiſtincte obtinet, liberis ad hoc nihil proficientibus. Eſt, ubi conjuges eâ lege tenentur, ut ne vel tantillum ſibi invicem queant gratificari citra mutui uſusfructus cauſam, quod & lege Civitatis noſtræ expreſſum eſt. Apud Hollandos contrà liberrimam ſibi invicem gratificandi poteſtatem conjuges habent. Sua porrò cuique regioni peculiaria Jura multa ſunt, longiſſime inter ſe diſſidentia. Proinde ſummopere ſcire attinet, ad quod Jus cujuſque loci, ſuper conjugum Jure, oporteat reſpicere. Quod haud recte expediveris, niſi univerſum illa explicueris Jura, quæ à Statutorum vel Conſuetudinum excitantur diverſitate. Tractandus itaque locus venit in foro nobilitatus, utqui maxime: quo dignior quoque materia eſt, in qua ſtudioſe à nobis ponatur opera, præſertim quod in univerſum ac certo ordine, quod ſciam, qui tractaverit hoc argumentum, habeamus neminem. Controverſias tamen quaſdam hùc ſpectantes, omnium copioſiſſime, & quod caput rei eſt, feliciſſime perſecuti ſunt, duo præſtantiſſima Juriſconſultorum ingenia, Argentreus in opere illo erudito quod ſcripſit ad Conſuetudines Britanniæ, & Burgundus in perpolito illo libello, quem concinnavit ad Conſuetudines Flandriæ, cujus notæ utinam publico edolâſſet plura. Fecêre id ita, ut hic cum illo conveniat in multis: plura tamen ſint in quibus diſcrepent. Et quidem ut ipſam rem aggrediar, alia veterum, alia recentiorum hujus materiæ tractatio fuit. Bartholus *ad lib.* 1, *cunctos populos*, *C. de Sacroſancta Trinitate*, penes quem fere ſuperiori ævo fori regnum fuiſſe videtur, in ea opinione eſt, ut exiſtimet intereſſe quâ orationis ſtructurâ Statuta concinnentur, ex verborum inverſione, aliud atque aliud de eorumdem conditione judicans; ut ſi ſic habeat ſtatutum: *primogenitus capiat beſſem*, ſtatutum tanquam à perſona oratione incipiens, perſonale ſit: ita autem conceptum: *bes capiatur à primogenito*, à rebus ſumpto orationis initio ſtatutum reale evadat, haud aliter ac ſi verba potiùs, quàm mentem Legiſlatoris oporteat inſpicere, quaſique referat quo ordine ſcribatur ſtatutum, cùm mens ſtatuentis ſit in aperto. Quare recte jam pridem exploſa eſt illa Bartholi ſententia, aliorumque qui eundem velut anteſignatum ex veterum cohorte ſequi amant, quorumque ſeriem exhibet Theſaurus, *Quæſt. Forenſium*, *lib.* 2, *quæſt.* 4, *n.* 4. Igitur & nos valere juſſo tam futili verborum aucupio, ad Recentiorum deſcendamus placita,

quæ eo fere conſonanter vergunt, ut inſpici velint, utrùm ſtatuta realia an perſonalia, aut etiam (quæ adjectio Argentrei eſt) an mixta ſint: verùm quæ pro perſonalibus, quæ pro realibus habenda ſint, in eo eſt ut videas ipſis hærere aquam, in eoque explicando tantopere deſudant Argentreus, Burgunduſque, ut hoc ſibi argumentum tanquam in theatrum elegiſſe videantur, in quo vires ingenii oſtentarent. Ego rem omnem hoc ordine conabor evolvere, ut primo Statutorum inſtiturus ſim diviſionem, tum quæ eorum perſonalia, quæ realia dicenda ſint; deinde quæ Juris diverſitas utraque inter obtineat, quâque ea nitatur ratione; ac poſtremo agitatas in foro quæſtiones, eo ſervato ordine, quem Statutorum illâ diviſione induxero, ſingulatim excuſſurus ſim.

## CAPUT II.

*De diviſione Statutorum, ac prætereà quæ perſonalia, quæ realia ſint, & num dentur mixta?*

ENIMVERO ad varias mihi Statutorum ac Conſuetudinum diſpoſitiones diligentius aſpicienti, commodiſſime quælibet eorumdem genera ad tria capita vel claſſes redigiſſe videor.

*Aut enim Statutum ſimpliciter diſponit de perſonis;*
*Aut ſolummodo de rebus;*
*Aut conjunctim de utriſque.*

Quæ ita conſtrictim dicta ſic habentor explicatiùs:

Aut univerſus perſonæ ſtatus, aut conditio in diſpoſitione ſtatuti vertitur, citra ullam rerum adjectionem, adeoque de perſonis agitur in abſtracto, abſque ulla conſideratione rerum, ut, verbi gratiâ, *quoto quis ætatis anno ſui Juris ſit, quando exeat parentum poteſtate*, de quibus & conſimilibus exemplis mox fuſiùs.

Aut in ſolas nudaſque res ſtatuti diſpoſitio dirigitur, ut nullum intervenire neceſſe ſit actum hominis, aut aliquam concurrere perſonæ operam; cujuſmodi ſunt, quibus rerum ſucceſſionibus ab inteſtato Jus ponitur, ut bona materna cedant maternis, paterna paternis, nothi ſuccedant matribus, non ſuccedant patribus, quando ſuccedatur in ſtirpes, quando in capita; quæ Jura ſucceſſionum ab inteſtato appellaveris.

Aut permittit denique, vetat, aut ordinat actum à perſonis circa res peragendum, ex utriuſque complexu conſtructum Statutum, contra quod, ut queat committi quippiam, perſonæ actum intervenire neceſſe eſt. Quò pertinent. Sine indulto Principis de rebus ſuis nemo teſtator; conjuges ſibi invicem non leganto; vir citra conſenſum uxorium res ſoli non alienato.

Factâ Statutorum diviſione, illud inquiri conſequens eſt, unde dignoſci oporteat, reale dicendum Statutum ſit, an perſonale: à qua nota diſcriminis, quæſtionum ferè ſingularum pendet definitio. Et quidem, ſi bene calculum pono, ſpectanda mihi videtur ſubjecta Statuti materia, adeoque non cui quid vetatur, aut permittitur, aut quâ ratione cujuſve perſonæ intuitu id fiat: verum illud ipſum duntaxat, quid qualeve ſit, quod in prohibitionem, permiſſionem, aut diſpoſitionem Statuti ceciderit; ut ſi perſonæ ſtatus, qualitas, aut conditio, cui lex in univerſum ponitur, ſola ſit in Statuti diſpoſitione, citra ullius actûs à perſona exer-

cendi mentionem, Statutum haud dubie perſonale ſit habendum, ejuſque notæ ſunt illa, quæ in primo diviſionum membro collocavimus. In rerum vero ſucceſſiones ſcripta Statuta mere realia ſint. Certo denique actui, perſona gerendo, ſi præfigatur lex, interſit utrùm ad perſonarum pertineat ſtatum, aut turbet earum conditionem, an non: ut illo caſu ad perſonalia Statuta ſpectet lex, de qua capite ſequenti: hoc vero caſu, natura actus, ac qualitas veniat in conſiderationem, ut ſi realis ſit actus, quales ſunt rerum alienationes, realium numero, ſin perſonalis, qualis eſt contrahendi poteſtas, perſonalium claſſe Statuta veniant; adeoque tum non ſpectandam perſonam, de cujus actu Statuto diſponitur, aut rationem, quæ à qualitate perſonali forſan ducta Statuto cauſam dederit, ſed denominationem deſumendam eſſe ab objecto vel actu, ad quem applicatur perſonæ vel inhibita vel permiſſa agendi facultas. Argumentum præbente Imperatore *in § final. Inſt. de Jure nat. gent. & civ.* ubi cùm omne Jus pertinere tradidiſſet ad perſonas, res & actiones, perſonalia Jura vocat, quæ perſonale, realia quæ reale ſubjectum vel materiam, circa quæ verſantur, habent; realium numero ac claſſe reponens ea, quæ circa rerum acquiſitiones, tum inter vivos, tum ex teſtamento, & ab inteſtato occupata ſunt. Quibus nec abludit actionum perſonalium & realium appellandarum ratio; prout namque objectum earundem eſt, vel perſonæ obligatio, vel Jus in rem, ſortiuntur nomen: ac præterea rationis eſſe videtur, ut potiùs à re, quam vetant, aut prohibent, aut perſonæ ſtatu quam afficiunt, æſtimentur Statuta, quàm ab eo quod non perinde, aut æque principaliter, in diſpoſitione fuit. Quare ubi ſecundùm hanc notam de ſingulis ſpeciebus ferre libuerit judicium, licebit animadvertere, (ſi quid hoc quoque ad rem facit) ut omnium prope definitio crebrioribus Doctorum calculis ſit evaſura, conſentiens. Verùm antequam excutiatur à nobis, quid Juris, cujuſve loci in utroque Statuti genere ſpectari conveniat, tertium, quod Argentreus, acerrimi vir judicii, duobus ſuperaddit, mixtum nempe, primum expendamus. Et ille quidem mixtum Statutum eſſe exiſtimat, cùm perſonarum qualitas aut conditio, jus aut Statuti conditionem alterat, ut ſi paganos ex æquo feuda dividere, Nobiles ad primogenitum tranſmittere conſtitutum ſit. Verùm recte eo nomine reprehenſus à Burgundo, *d. tract.* 1, *n.* 1, quod illud demum mixtum dici queat, quod tam de perſonali, quàm de reali participet, adeoque ex complexu utriuſque conſtructum ſit. In perſonæ autem ſtatum, aut perſonales actiones, Statutum hujuſmodi diſpoſitionem non dirigit: circa rerum ſucceſſionem vim conſumit omnem: quæ quamvis aliter atque aliter pro perſonarum qualitate aut conditione dividantur, Jura tamen de his lata ſucceſſiones dirigere non deſinunt reales; cùm non à ratione vel cauſa, quæ rerum ſucceſſiones ordinat, ſed ab ipſo objecto, ipſaque re in diſpoſitionem deducta, Statuta perſonalium aut

realium nomen induere ante oſtenſum ſit. Sed haud feliciùs illo, aliud mixti genus Burgundus ſubſtituiſſe videtur, dum mixtum rectiùs haberi putat Statutum, quo minori vetatur bona ne alienet, eique orationi hoc ſubeſſe perſonale, quod & ſcripta ſit in mobilia, quæ conſtat ex perſonæ domicilio legem accipere, ut tum perſonæ rebuſque juxta poſitum Jus eſſe dixeris, *d. tract. n.* 2, verùm contra, reale ejuſmodi Statutum eſſe, non eſt quod dubitemus : res mobiles enim æque atque immobiles rerum appellatione venire quis negaverit, ac perſonalium quidem Statutorum munus in eo poſitum eſſe, ut de ſtatu perſonæ tractent, aut actus dirigant perſonales, ipſemet paulò ante tradidit Burgundus, quorum tamen neutrum in allatum à ſe exemplum cadit. Nec aliud Statuti genus comminiſci nos illud cogit, quod mobilia extra territorium exiſtentia Statuti diſpoſitione contineantur, realia autem Statuta non ſoleant excurrere ulteriùs, quàm ſeſe territorii limites protendant : quæ dubitandi ratio tranſverſum egit Burgundum. Mobilia quippe illa non ideo ſubjacent Statuto, quod perſonale illud ſit, ſed quod mobilia certo ac fixo ſitu carentia, ibi quemque ſitum velle habere, ac exiſtere intelligimus, ubi larem ac fortunarum fixit ſummam. Quare quodcunque domicilii Judex de mobilibus ſtatuerit, non ideo in alibi exiſtentibus obtinere dixeris, quod vires extra territorium porrigat Statutum, nedum quod perſonale ſit, ſed quod in domicilii loco mobilia intelligantur exiſtere. Unde nec ſatis demirari queo Argentreum Statutum mobilibus indictum vocantem perſonale, haud bene memorem datæ à ſe paulò ante deſcriptionis, quâ perſonalia ea eſſe docuit Statuta, quibus de perſonarum univerſali Jure, ac conditione, ab omni materia reali ſeparata diſponitur. Quæ utique definitio Statuto, de mobilibus concepto, neutiquam congruit. Ut evidenter appareat ſummam Statutorum diviſionem in duo genera deduci, ut alia perſonalia, alia realia, nulla mixta ſint.

# CAPUT III.

*De effectu Statuti personalis & realis, ac ratione ejusdem; ac præterea quid Juris iis in legibus, quæ non in abstracto de personarum conditione latæ, sed in actus certos conceptæ statum tamen personarum turbant.*

## SUMMARIUM.

I. *Nullum Statutum alterius territorii prædia afficere.*
II. *Prohiberi potest subditus, ne quid faciat extra locum statuentis.*
III. *Speciatim, ne potet prope territorii limites.*
IV. *Quare Statuta personalia vim exerant extra territorium.*
V. *Indirecte lex ponitur rebus constitutis alibi.*
VI. *Statutum, quod vetat contrahere, personam comitatur ubique.*
VII. *Statutum, quo viduæ minorenni alienare vetitum est sine curatore, pertinet ad statum personæ.*
VIII. *Statutum Trajectinum, quo mares, qui octodecim, necdum tamen viginti annos habent, contrahunt, non alienant, personale est, ac territorium egreditur.*
IX. *Venia ætatis, in loco domicilii plenissime impetrata, se porrigit ad contractus ac alienationes, ubicunque locorum peragendas.*
X. *Qui potest alienare, potest & contrahere, non contra.*

STATUTA realia inter & personalia hoc interest, quod illa in res scripta territorii sui concludantur metis, hæc extra eas vim & effectum protendant. Quod posterius, quoniam in tractatu illo sæpe jam laudato, sæpe laudando, de effectibus duntaxat personalibus exaudiat Burgundus, ostendemus, ubi ad singulas pervenerimus quæstiones, quàm parum recte à communi scribentium placito, in eo diversus abierit. Nunc illud videtur aperiendum, quâ ratione innitatur Juris hæc diversitas; ne si illam prætermiserimus reddere, ut contigit plærisque aliis, subtilitate magis quâdam, quàm solidâ veritate, disputasse arguamur. Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini, idque si fecerit quis, impune ei non pareri: quippe ubi cesset Statutorum fundamentum, robur ac Jurisdictio, *Lib. final. ff. de Jurisdict.* Nullum igitur Statutum, nullam loci consuetudinem directò res alieno solo inhærentes afficere, quin nec personas sibi subditas aliò loci contrahentes suis posse legibus adstringere, uti nimirum ea res fraudi sit alii, qui ad loci mores, ubi secum contractum est, respexerit, Judexve alterius loci domesticas con-

I. Extra territorium, quando Jus dicatur.

trahentium leges ſequi habeat neceſſe, aut pati ut ſuo territorio leges ponantur aliunde. Illud quidem placitum eſt, poſſe Judicem ſubditis vetare, ne quid faciat alieno in territorio, ob plenam forſan, quam in eos habet puniendi poteſtatem, vel ex tacito ſubditorum conſenſu, qui eo ipſo, quod ibi domicilium foveant, ſtatuentium Juriſdictionem quodammodo videantur prorogaſſe, ut vult Peck. *de teſtament. conjug. lib.* 4, *cap.* 28, *num.* 8, *in med.* & in eam ſententiam & nos aliquando reſpondimus. Amersfurtii puta, Rectoribus licuiſſe prohibere ſubditis, ne prope territorii limites eant potatum, eove pacto vectigalia oppidi imminuant : cujuſmodi ſpeciei meminit Burgundus, *Tract.* 5, *num.* 8. Cæterùm ſolas ſubditorum perſonas, ne potent cò loci, illa concernit prohibitio; ad contractus alibi ineundos, extraneorum adſpectu, non pertinet, nec legibus circumſcribit actum extra territorium geſtum, ut iiſdem judicentur & exteri. Proinde ſit hæc regula, perdere omnino officium in alterius Juriſdictione, alterius Legiſlatoris Statutum. Quid igitur rei in cauſa eſt, quod perſonalia Statuta territorium egrediantur? Unicum hoc ipſa rei natura ac neceſſitas invexit, ut, cùm de ſtatu ac conditione hominum quæritur, uni ſolummodo Judici, & quidem domicilii, univerſum in illa Jus ſit attributum : cùm enim ab uno certoque loco ſtatum hominis legem accipere neceſſe eſſet, quod abſurdum, earumque rerum naturaliter inter ſe pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans delatus fuerit, totidem ille ſtatum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hîc ſui Juris, illic alieni futurus ſit; uxor ſimul in poteſtate viri, & extra eandem ſit; alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi; ac præterea quod perſona certo loco non affigeretur, cùm res ſoli loco fixæ citra incommodum ejuſdem legibus ſubjaceant, ſummâ providentiâ conſtitutum eſt, ut à loco domicilii, cui quis larem fovendo ſe ſubdiderit, ſtatum ac conditionem induat : illis Legiſlatoribus, pro ſoli ſui genio, optime omnium compertum habentibus, quâ judicii maturitate polleant ſubditi, ut poſſint conſtituere, qui eorum, ac quando ad ſua tuenda negotia indigeant autoritate. Hæc igitur perſonarum qualitas ac conditio, ubi venerit applicanda ad res aut actus alterius territorii, jam indirecte, ac per conſequentiam vis illius perſonalis Statuti extra ſtatuentis, pertinget locum : cùm & aliàs non inſolitum ſit multa indirecte permitti & per conſequentiam, quæ directe & expreſſim non valerent. Nec eſt quod quemquam turbet, quod & illa Statuta extra territorii limites diximus excurrere, quibus nominatim ſtatus hominum in univerſum non diſcutitur, quæ in incertos perſonales actus à perſona exercendos, prohibendo eos aut permittendo, concepta ſunt. Quippe rem penitiùs introſpicienti palam fiet & ea Statuta pertinere ad hominum ſtatum, eundemque plane diſcurrere : quoties enim ad actus perſonales dirigitur Statutum, ut cùm contrahere vetamur

II. Subdito prohibetur, ne quid faciat alterius in territorio.

III. Item ne potet prope limites.

IV. Quare perſonalia Statuta ubique vim exerunt.

V. Indirecte ad res alterius loci Statutum pertingit.

VI. Statutum, quod prohibet alicui contrahere, cujuſmodi ſit

( quæ

(quæ enim contractuum materiam aut formam, non contrahentium habilitatem concernunt, huc non pertinent, de quo perpulchra ſunt quæ habet Burgundus, *Tract. 4,*) nulla dubitatio eſt perſonæ ſtatum ac conditionem affligi, quod interdicto per hoc rerum commercio perſona alterius tutelæ ſupponatur, alio rebus ſuis interveniente, ac conſequenter nullibi non hujuſmodi obtineat Statutum. Nec ſtatuendum aliud de caſu converſo, quo per Statutum non vetatur alicui, ſed permittitur contrahere, ut cùm viduæ minorenni contrahere licitum eſt, alienare ſine curatore non eſt, vel cum annos ſupra octodecim, infra tamen viginti habentibus maribus contrahendi facultas conceditur, alienandi ſine curatore non conceditur, ut patriâ lege expreſſum eſt. Quantum enim ad alienationis prohibitionem attinet, eam ubique perſonam ſecum circumferre putaverim, quod & hæc res pertineat ad perſonæ ſtatum eundemque omnino turbet, cum eo ipſo quod quis curatorem habeat, ſine quo non alienet, qui necdum juris, necdumque perfectæ ætatis dicendus ſit, ſed plane in eadem conſtitutus cauſa, quâ minores apud Romanos erant, qui non alienabant : & utcunque contrahendi facultatem haberent, læſi tamen ætatis auxilio juvabantur, quo perfectæ ætatis apud illos gaudet nemo. Idem de contrahendi illa licentia Juris eſto, quâ apud nos appropinquanti legitimæ ætati paulo ante præluditur, ut ſecundùm ſpecimina, quæ de ſua minores ediderint induſtria, videatur poſtmodum num rerum adminiſtratio tutò ipſis ſit committenda, ejuſque opinionis eſt Burgundus, *dicto tract. 1.* Quare & data à domicilii majeſtate ætatis venia ubique vim exerit, non tantum ſi ad contrahendum impetrata ſit ut Burgundus putat, *d. tract. 1, n. 12 & ſeq.* verum etſi eo amplius alienandi fuerit obtenta facultas; ejuſque rei rationem habemus hanc manifeſtam, quod pleniore hac veniæ datione perſona tutelà omnino exeat, adeoque ejus perficiatur ſtatus, cujus perfectionis virtute ubivis locorum & contrahit & alienat efficaciter, ob poteſtatem plenam, quam judici domicilii in perſonarum ſtatum indultam eſſe, ex communi ſcribentium placito ſupra adſtruximus. Tandem his addatur & illud : mancipare qui poſſit, eundem & contrahere poſſe : cui enim plus licet, ei utique licere debet quid minus eſt : ut maxime mirandum foret, quod mirum videri non debere putat Burgundus, *d. tract. 1, n. 2*, perſonas mancipare quidem poſſe, contrahere non poſſe, nec mores Aloſtenſium, quos advocat in probationem, hunc aſtruunt caſum, ſed è diametro converſum, viduam nimirum minorennem contrahere quidem poſſe, alienare vero aliter quàm adjuncto ſibi tutore, non poſſe : cùm contra ipſi probandum foret alienandi facultatem habere, qui non habeat contrahendi. His intellectis expeditas putaverim difficultates, quæ multos Interpretes implicitos habuerunt.

VII. Quod alienare.

VIII. Quale Ultrajectinum.

IX. Venia ætatis ubique locorum effectum producit.

X. Qui alienat, contrahit, non è contra.

# TITULUS SECUNDUS.

*De Jure quod oritur ex Statutorum diverſitate, immoto manente perſonarum domicilio.*

## CAPUT PRIMUM.

*De Juris illâ diverſitate circà Statuta perſonalia.*

### SUMMARIUM.

I. *Minor apud Hollandos utrùm valide contrahat Ultrajecti, ſi ea ſit ætate quæ ibidem perfecta eſt?*

II. *Idem num alienet bona Trajectino in ſolo poſita, aut Ultrajectinus domi major, infra vero legitimam Hollandorum ætatem, bona apud nos ſita? excuſſâ late Burgundi opinione.*

III. *Utrùm mulieri, quæ per leges domicilii clam virum non contrahit aut alienat, fas ſit idem peragere in territorio contrariis legibus obnoxio?*

IV. *Num prodigus, cui bonis apud noſtrates interdictum eſt, recte contrahat aut alienet alibi?*

STATUTA duorum generum eſſe diximus, alia perſonalia, alia realia. Nunc, ad utrum eorum controverſiæ referendæ ſint ut excuſſum eamus, ordinis ratio poſtulare videtur. Perſonalium Statutorum claſſe (nam de iis dicendum eſt primò) reponimus ea Jura, quæ perſonarum ſtatum aut conditionem afficiunt: cujuſmodi ſunt:

*Major eſto qui vigeſimum impleverit annum.*

*Patriâ poteſtate exeunto, qui uxorem duxerit.*

*Uxores ſub poteſtate virorum ſunto.*

*Prodigi, quibus propalam bonorum adminiſtratione interdictum eſt, ſemet obligandi, aut cum alio contrahendi poteſtatem non habento.*

De quibus & consimilibus id Juris est, ut quocunque se transtulerit persona statuto loci domicilii ita affecta, habilitatem aut inhabilitatem ademptam domi, circumferat ubique, ut in universa territoria suum Statutum exerceat effectum. Apertius rem intuebimur in exemplis. Ultrajecti sui juris efficiuntur qui vigesimum ætatis annum impleverint, apud Hollandos contra, ante vigesimum quintum rebus suis nemo intervenit. Apud utrumque populorum nupta citra viri consensum à rebus gerendis arcetur. In Regionibus, quæ Jure Romanorum hic utuntur, commerciis gaudet uxor liberrime, potestati virili non supposita. Fac autem Ultrajectinum, qui vigesimum quintum ætatis annum necdum habuerit, contrahere in Hollandia: aut è contra Hollandiæ incolam vigesimum jam annum egressum, Ultrajecti: aut nuptam nostratem contrahere in regione Juris scripti, aut è contra. Quocumque modo se casus habuerit, contrahentium erit respicere ad suum cujusque domicilii locum, impressamque ibidem personæ qualitatem, aut adeptam domi conditionem, cujus ignarus non sit oportet, qui cum alio volet contrahere. Quare Hollandiæ incola major Ultrajecti, minor apud suos, contrahit apud nostrates invalide. Contra, Ultrajectinus lege domicilii major contrahit in Hollandia efficaciter, ut maxime ex more regionis istius rerum suarum necdum haberetur compos. Uxores domi sub maritorum potestate ita constitutæ, ut sine iis nec alienent nec contrahant, nullibi locorum hanc incapacitatem exuunt. Cùm mulieris contra Juri scripto obnoxiæ contractus, apud nos celebratus, consistat omnimodo. Et quidem si ad personales actus, contractus puta, personæ applicetur habilitas, Argentrei, Burgundique, (quos Jure præcipui hic semper nomino) cæterorumque scribentium placita sat consentiunt. Cæterùm si realis à persona peragendus sit actus, ut si de rei quæratur alienatione aut mancipatione, aliud à reliquis traditum ivit Burgundus, negans ad immobilium alibi sitorum mancipationes Statuta personalia vim suam exerere, ut ubicunque sufficerit ipsi, si mancipans in ea fuerit conditione, quam bonorum situs requisiverit, allatisque in eam rem exemplis intrepide affirmat civem Gandavensem ætate minorem, vigesimum tamen egressum annum feuda Hannonica rectè mancipare, quando hæc ætas legitima sit & competens, quæ in Hannonicorum feudorum alienatione requiritur, *d. tract. n. 7 & seq.* Mulierem itidem quæ sine auctoritate mariti domi obligari nequit, foris tamen alienare posse bona contrariis legibus obnoxia, adeoque contendit mixta hujusmodi esse Statuta, ex realibus & personalibus conflata: personalia, quâ ad contractus, realia, quâ ad alienationes personæ status & conditio, quæ in dispositione Statuti est, sit applicanda. Verum enim vero, operose quamquam, & eleganter disputet in istam sententiam vir apprime doctus, vereor tamen, ut nequicquam vires ingenii intenderit. Personæ enim status aut conditio, cùm tota sit in manu Judicis, cui ratione

I. Minor apud Hollandos num contrahit efficaciter apud alios ubi major est?

domicilii persona subjicitur, ut ille de ejusdem ad actus civiles statuat habilitate, frustra erit qui ad personales duntaxat actus id restrictum iverit, adeoque potissimâ sui parte sustulerit, quod ante posuisset: reales quippe habilitatis effectus cæteris longe sint illustriores. Quid? Minor Hollandus in Trajectinarum rerum alienatione major, in Hollandarum habebitur minor, eodem tempore ejusdemque rei adspectu & sui Juris, & nec sui Juris futurus, ut vel invitissimo curatore in vicinam se transferat Provinciam, quò se bonis ibidem sitis evertat. Quid? de rebus Ultrajecti positis subsistet alienatio, de iisdem irritabitur contractus? Cum jure nostro contra se res habeat, ut de quo concessa est alienatio, de eo utique & liceat contrahere, cui vero contrahendi denegata facultas est, ei ut alienandi permissa sit potestas, nec Juris, nec rationis est, quæso quis rationis esse dixerit ut uxor mea (altero utar exemplo) cujus in personam patrio more nulla cadit obligatio, alibi ubi Jure scripto vivitur, constituta bona alienet: atqui satis est (inquit Burgundus) ad rerum situm se componere quicunque alienare intendit, quod alienæ rei legem imposuerit nemo. Recte id quidem si de alienationis agamus solemnibus, aut rebus speciatim impressis legibus. Cæterum personæ habilitas, quam à statu ejus metimur, quæque imprimis ad actus cujuscunque desideratur validitatem, personale negotium est; super quo, ut domicilii Judici statuendi jus sit, necesse est. Unde cùm aliud hîc ab Ultrajectinis legibus Hollandorum constituant Statuta, palam est suas cujusque domicilii leges inspici oportere. Quare nec prodigo, cui à Judice domicilii bonis interdictum est, integrum erit in vicinam se transferre Hollandiam & bonis ibidem sitis semet exuere. Vulgatum sic à tutore desumptum argumentum, cujus datio se protendit ad bona ubicunque sita, frustra Burgundus hoc pacto conatur eludere, quasi permultum interesset administrationem inter & ipsa bona, quod administratio munus sit personale, quæ bonorum conditioni non miscetur, sed ad fructus duntaxat pertinet, quæ mobilium reponuntur loco. Ne enim ille intra fines nimis angustos tutoris coercuerit officium, cùm & ipsam rerum pupillarium distractionem constet spectare ad tutorem, nec tradere, alienare pupilli, sed tutoris sit, qui alienandi partes omnes nomine ejus expleat, causâ duntaxat ante Judici probatâ. Quare cùm tutelæ administratio complectatur & ipsas bonorum alibi sitorum alienationes, & illud sequi necesse est etiam ad easdem porrigi leges personæ statui aut conditioni indictas. Tandem ne nimius sim; eo ipso quod adimat Burgundus minori ubicunque locorum contrahendi aut semet obligandi potestatem, evincitur & nullibi alienationes ejusdem consistere, quod constet nudam simplicemque rei alienationem operari omnino nihil, nisi contracta quoque causa ad alienationem aut traditionem habili, *L. nunquam 31, in princip. ff. de acquirend. dominio.* Proinde cùm contrahendi potentiæ lex

II. Minor Hollandus an valide alienet bona nostratia. Major Trajectinus alienat res sitas apud Hollandos, per quorum mores esset minor.

III. Uxor Trajectina non alienat bona sita alibi.

IV. Prodigus Trajecti declaratus num contrahat, aut bona alienet apud Batavos?

reſiſtat, nec titulus tribui poterit aut cauſa contrahi ad alienationem idonea, non hactenùs tantum quod perſonaliter non afficiat alienatio, ut evictione factâ ad id quod intereſt, nulla teneat obligatio ut Burgundus putat, ſed quod ex nuda illa mancipatione deſtituta cauſa, quam minor non poterit contrahere, nec ipſum abdicetur dominium. Quin & illud addatur ex Burgundi effici ſententia, Hollandum, ſi ſe contulerit Ultrajectum, recte ſua bona alienare, procuratori vero ſi mandaverit (en diverſitatem Juris in re non diverſa) ut ſuo nomine mancipet, alienationem eſſe inutilem : eo quod perſonalis ſit obligatio, quæ ex mandato contrahitur, ex invalido autem mandato non ſubſiſtat alienatio : adeoque ſequeretur ab ipſo minore recte peractam iri alienationem, quæ per alium ejus nomine nequiret expediri. Sit igitur horum omnium ſumma concluſio, mulierem, minorem, prodigum in loco domicilii in poteſtate aut curâ conſtitutos caput eidem nullibi poſſe ſubducere, ne quidem in fundorum alibi ſitorum mancipatione. Atque huic ſententiæ calculum videtur adjicere Argentreus, *ad art. 218, gl. 6, n. 46, verſic. ſequitur conſideratio*, accurate quanquam reales habilitatis effectus, à perſonalibus haud diſcriminet, & poſt viſus Louët *en ſes Arrêts, lit. C. num. 42*, prolato in ſententiæ confirmationem arreſto, & quoad prodigum, noſtras Montan. *de Tutel. cap. 28, n. 40*. Ac conſequenter dicendum eſt Hollandorum, noſtratium & aliorum quorumcumque alieno in territorio, tam mancipantium, quàm contrahentium conditionem metiendam eſſe à loco domicilii, legem inde capientium, quocunque locorum id egerint.

# CAPUT II.

## *De Juris diverſitate circa Statuta mere realia.*

### SUMMARIUM.

I. *Bona dividuntur ex lege loci ubi vel ſita ſunt, vel exiſtere intelliguntur, & quid ſi pluribus quis locis habeat domicilium.*
II. *Reditus hypothecæ innixi perpetui temporaleſque juxta immobilibus annumerantur.*
III. *Annumerantur iiſdem & reditus qui debentur à Provinciis, Civitatibus, aut Municipiis hactenùs, ut in ſucceſſionibus dijudicentur à lege loci ubi debentur.*
IV. *Exterus uxori relinquens reditus à Provincia noſtra debitos fruſtra eſt.*
V. *Eoſdem reditus conſtringi conſtitutione Carolinâ, quâ vetatur minor immobilia relinquere curatori.*
VI. *Singulare Jus Hollandiæ refertur.*

VENIO ad ſecundam Statutorum claſſem, quæ de ejus notæ Statutis eſt, quibus Jus ponitur rebus citra ullum actûs à perſona peragendi interventum, quæ quidem Jure præcipui ac mere realia ſunt : cujuſmodi appellamus ea, quæ de modo dividendarum ab inteſtato hæreditatum tractant, territorium non egredientia : conſpirant enim eò vota fere omnium, bona ut dijudicentur ſuâ lege loci, in quo ſita ſunt, vel eſſe intelliguntur : videantur Joannes à Sand. *Deciſ. Friſic. lib. 4, defin. 7, tit. 8.* Freder. à Sand. *ad Conſuet. Feudales Geldriæ, §. 4, de veris hæreditar. ac non hæreditar. ſucceſſ. differ. n. 9, & multis ſeq.* Burgund. *d. tract. 1, n. 35,* aliique quos in unum congerere labor foret inutilis. Nec alia hac in parte mobilium rerum cauſa, alia immobilium eſt : quod enim mobilia dividantur ex more loci, ubi dominus fovet domicilium, fit ideo, quod ibidem ſita eſſe exiſtimentur, non quod Statutum evadat perſonale, ut ſuſius diſſeruimus ſupra. Itaque ut exemplis illuſtrioribus apud nos rem adſtruam. Bona Ultrajecti ſita, ex lege loci, parentibus, in Hollandiæ locis compluribus conſtituta, fratribus & ſororibus, aſcendentibus excluſis, obvenient; bona emphiteutica, tam eccleſiaſtica, quàm ſecularia in agro Trajectenſi ſita, ex conſuetudine quæ ibidem tenet, Jure feudorum traſmittuntur, nec lineâ abeunt, quod ipſum nuperrime in reviſione judicata comprobatum eſt.... Diximus mobilia ſitum habere intelligi, ubi dominus inſtruxerit

I. Bona dividuntur de lege loci ubi ſita vel exiſtere intelliguntur.

domicilium, nec aliter mutare eundem, quàm unâ cum domicilio. Et ſubeſt ratio : mobilia quippe, cùm perpetuum ac fixum, ut res ſoli, locum non habeant, totum illud dependeat neceſſe eſt à deſtinatione ejus, cujus ea res eſt, ut ibi habeantur mobilia exiſtere, ubi eſſe ea voluerit dominus : haud aliter ac ipſamet perſona, ibi eſſe, vel domicilium habere accipitur, ubi ſemet eſſe voluerit. Igitur ibi mobilia ſua quemque velle ut exiſtant credimus, ubi degit ipſe, laremque fovet ac fortunarum habet ſummam. Quo Jure & nomina non immeritò cenſueris, ut ea in ſucceſſionibus & ſimilibus mobilium rerum ſortiantur naturam. Quæ definitio cùm ſit expedita, ac apud Scriptores recentiores ſatis obvia, non eſt ut à me confirmetur ulteriùs, ſi unum hoc addidero, pluribus locis ſi quis inſtruxerit domicilium, ſua cujuſque lege loci tractari mobilia ubi ex deſtinatione domini reperiuntur. Choppin. *ad leges Pariſienſ. lib. 1, tit. 1, n. 11, in fin.* Burgund. *tract. 2, n. 22.*

II. Reditus perpetuales, an immobiles?

De reditibus peculiaris eſto conſideratio. Et illi quidem, qui à re præſtantur, vel cujus nomine conſtituta hypotheca eſt, collocantur à Doctoribus in immobilium numero, ita tamen, ſi perpetui ſunt, ſecus ſi temporales, quâ diſtinctione & Burgundus utitur, *d. loc. n. 30 & 32.* Sed vix eſt ut non utrobique idem ſit dicendum : cùm enim ob id ipſum annumerentur immobilibus, quod rei immobili per hypothecæ conſtitutionem innitantur, ponendi alioquin, vel ſi perpetui ſint, in mobilium claſſe; nec hypothecæ immutetur natura, temporis aliqua ad redimendum præſtitutione, nihilque ad ſummam rei interſit, certum an incertum luitionis ſit tempus, conſequens eſt dicere conſtitutos ad tempus reditus, æque atque perpetuos, immobilium nomine venire, maxime cùm per hypothecæ conſtitutionem, res ad ſummam debiti habeatur quaſi alienata, *arg. l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* quæ per ſolutionem redimitur.

III. Reditus legitime profeſſi ab Ordinibus dividuntur ex more loci ubi debentur.

De illis autem reditibus ex facto quæſitum eſt, qui debentur à Provinciis, Civitatibus, aut Municipiis. Non quæro an per omnia ad inſtar rerum ſoli cenſeantur : illud quæro, ubi ſitum habere, aut exiſtere exiſtimandi ſunt, à quove territorio in ſucceſſionibus accipiant leges. Communis DD. regula moribus conſentanea eſt reditus ſuper mobilibus rebus conſtitutos, mobilium numero, ſuper immobilibus, immobilium venire. Provinciæ autem corpora mobilia non ſunt, ſed ſtabilia & perpetua, quâ ratione reditus ab iiſdem legitime conſtitutos pro immobilibus habendos eſſe moribus Civitatis ſuæ meritò cautum eſſe tradit Burgundus, *d. tract. 2, n. 31.* Quinimò reditus ejuſmodi ut plurimum hodie nullam perſonalem obligationem annexam habent, directi ſolummodò in vectigalia, tributa, aut Reipublicæ patrimonium, ut non debeantur à perſonis quæ Reipublicæ præſint. Unde apparet ex obligationis inſtrumento, quo reditus fere hodie conſtituunt apud nos Provinciæ Ordines, bona & vectigalia

Reipublicæ obligari, perſonas Ordinum non obligari : atqui quando penſitandis reditibus certa vectigalia, domania aut Reipublicæ bona attribuuntur à Principe, ut fit apud nos.... cenſeri eundem pignoris nexu bona illa devinxiſſe, traditum eſt apud Chriſtin. *vol. 1, dec. 137, n. 13*, & recte. Princeps quippe coram Magiſtratu loci, profiteri aut conſtituere hypothecam neceſſe non habet, tanquam ſolemnitatem, fere omnium ſolutus. Arg. *l. Princeps, ff. de legib. l. 1, ff. de conſtit. Principum.* Maſcard. *de Statutor. interpretat. concl. 9, n. 66.* Teſſaur. *Deciſ. 15, n. 6 & deciſ. 87, n. 7.* Chopin. *ad Conſuet. Andegav. l. 1. tit. 1, n. 6.* Mornac. *ad d. l. 1.* Chriſtin. *in præludiis ad Conſuetudines Mechlin. n. 8.* Proinde aliam in eo privatorum debitorum rationem, aliam Provinciæ eſſe apparet : quòd illi locum ſubinde mutent, ac ſucceſſores eorum varia etiam in loca diſtrictos ſequi neceſſe habeant ii, qui in illos agere voluerint : cùm Provinciæ corpora, certo, ſuoque circumſcripta loco, plane ad inſtar rerum ſoli, perpetuo ibidem ſint. Quare, ſi verum amamus, plus rationis eſſe videtur reditus hujuſmodi aggregari immobilibus, quàm eos, quorum nomine data eſt à privatis hypotheca, utpote quæ tanquam acceſſorium accedat actioni perſonali, vel ſaltem eandem habeat adjunctam, cùm reditus ſuper Provinciis, Civitatibus, aut earumdem vectigalibus hodie conſtituti, vernacule *obligatien*, perſonali actione omninò careant ; & hanc privatos inter & corpora Provinciæ diſtinctionem & Doctores tuentur, vid. Gratian. *diſcept. forenſ. Cap. 885, numer. 4.* Kinſchot. *Reſponſ. 47, num. 15*, & in eandem ſententiam judicatum profert Louët, *en ſon Recueil des Arrêts, lit. R. num. 31, circa finem*, adde Chopin. *de morib. Pariſ. lib. 1, tit. 1, num. 23*, qui eruditus morum Gallicorum interpres, compluſcula recenſet arreſta, quibus deciſum eſt annuos reditus, quos de plebeis nummoros indictionibus ſolvendum aſſignaſſet Rex debitor, vel quibus penſitandis attributus eſſet Principis canon Dominicus, vel qui de Principe empti eſſent, dividi eâ lege quæ obtinet ubi fiſcales iſti nummi, de quibus reditus præſtari convenerat, à Regis coactoribus exiguntur. Eaque ſententia & apud nos duplici judicio probata fuit. Primò à reviſoribus in cauſa ſatis momentoſa, *anno 1649*, intellectumque, profeſſos à Provinciæ noſtræ Ordinibus reditus, quoad ſuccedendi cauſam, dijudicandos eſſe à more noſtrate. Dein altero Curiæ noſtræ nuperrimo judicato, *anni 1661*... quo placitum eſt rerum immobilium nomine, de quibus in commodum curatorum minoribus interdicta eſſet teſtatio, venire & nomina provincialia... Eo magis exiſtimante Curiâ hac rerum tempeſtate ſententiam illam ſequendam eſſe, quod plurimorum hominum ſummæ divitiæ in his reditibus conſiſtant, qui eoſdem in Provincia debitrice perinde eſſe voluiſſe videntur, atque ſi res ſoli ibidem comparaſſent. Cùm contra mobilium Jure, ſi per omnia nomina illa cenſerentur, multa ſalubriter pro utilitate hominum lata Statuta contingeret prorſus iri illuſa. Mari apud nos minori vigeſimo, majori decimo octavo anno

IV. An vir eos leget uxori ?

V. An minor curatori ?

anno prohibita immobilium alienatio eſt, eademque & virum, qui ex uxore prolem non ſuſtulerit, prohibitio tenet. Minori in curatorem teſtatione ultima tranſcribendorum immobilium Jus non eſt. Quid igitur? num minori mari fas erit ejuſmodi provincialia nomina, in quibus apud nos vicinaſque regiones fortunarum fere ſumma conſiſtit, ſalvâ prohibitoriæ Legis oratione, alienare, legare, & minori quidem legitimos hæredes luculentiſſimis illis facultatibus intervertere? Operæ pretium eſt quæſtionem perſequi paulò fuſiùs. Prodiit nuperrime noviſſima editio Adverſariorum Lamberti Goris, qui in Annotationibus ſuis, quibus ea paulò ante obitum locupletavit, *tract. 2, cap. 3, n. 7*, hanc ipſam tractans ſpeciem, duas ſuper ea profert ſibi invicem adverſantes ſententias: quas tamen ita componi poſſe arbitratur, ut altera de reditu accipiatur conſtituto ſuper domanio Civitatis; altera ſuper communibus Provinciæ vectigalibus aut impoſitionibus, ut loquitur; ut prior reditus immobilium nomine, poſterior mobilium veniret: addita diſtinctionis ratione, quod domania vectigalibus ſint ſtabiliora. Verum, præterquam quod rebus apud nos judicatis adeo non adverſetur hæc diſtinctio, ut eaſdem potiùs confirmet: quippe cautionibus iſtis Provincialibus apud nos pariter atque apud Hollandos obligantur non tantùm vectigalia, ſed & bona Provinciæ omnia..... Non eſt præterea, ut traditis ejus conſentiam. Ipſa namque Provinciæ corpora quæ debent reditus, utrobique ſtabilia ac perpetua ſunt, uno eodemque in loco ſemper exiſtentia, nihilque adeo hic ad ſummam rei intereſſe videtur, ex vectigalibus, an è domanio reditus quotannis pendi voluerint Provinciæ Ordines, ut propterea ab eadem Provincia debitrice leges vel acciperent, vel non acciperent. Ad hæc in cauſa ſuccedendi non tam diſtricte attenditur an res ſua natura ſit mobilis, ſed potiùs domini deſtinatio; quod vel hoc exemplo adſtruitur, ut ſi rem ſuâ naturâ mobilem in alio quàm domicilii loco perpetuo manere voluerit dominus, ex deſtinatione illa ibidem quoque res intelligatur exiſtere. Burgund. *tract. 2, n. 15, in fin. & n. 26.* Argent. *ad art. 48, gl. 2, n. 5*, & legibus loci ejuſdem regatur. *vid. laudatos à Mev. ad Jus Lubecenſ. quæſtione ſextâ præliminar. n. 20, & ſeq.* Unde & dixerit aliquis reditus à Provinciis ſibi comparantes, utique illos ibidem ad inſtar rerum ſoli perpetuo eſſe voluiſſe exiſtimandi ſunt, donec vel repoſcant ſortem vel recipiant. Nec in eo audiendus Goris, quod alios ad immobilia reditus pertinere non putet, quàm quorum ſortem nunquam liceat exigere, quodque eos reditus, quorum nomine conſtituta eſt hypotheca generalis, expungat è claſſe immobilium, ductus auctoritate Charondæ. Quippe vel expreſſim ſtipulato apud nos ad certum diem ſortis repoſcendæ Jure, reditus tamen hypothecæ innixus non deſinit ſortiri naturam rerum immobilium: quemadmodum quoque apud noſtrates æque atque Romano Jure generalis ſpecialiſque hypotheca bona juxta afficiunt, ut pro immobilibus utræque habeantur. Nec tur-

bet quemquam quod Trajectino more, illorum redituum nomine, trigesima hæreditariis bonis immobilibus à latere obvenientibus indicta, non pendatur. Quippe nec infrequens, nec absonum est immobilium Jure censeri aliquid in causa succedendi, quod pari tamen cum immobilibus solemnitate non distrahatur, ut eleganter explicat Loiseau, *des Offices venaux, lib. 3, cap. 4, n. 34 & seq.* & vel inde videre est, quod mobilia destinata à domino ut certo in loco perpetuò sint, leges ab eodem accipiant loco, quæ tamen à domino, eadem quâ res mobiles solemnitate, transferuntur. Quin & Britannorum consuetudines expressim tenent in successionum divisionibus, mobilium donationibus reditus hujusmodi aggregari immobilibus, cætera mobilium Jure censeri. *Art. 425, des Coutumes réformées, quæ post commentaria* Argentrei *separato libro comparent.* Nec procedit quoque argumentatio, eo quod Princeps reditus à semetipso præstandos, à tributo voluit esse immunes, illos & in dividenda inter privatos hæreditate pro mobilibus habendos esse, cùm diversa utriusque ratio, diversus respectus sit. Sane cùm Reipublicæ necessitas horum nominum contractionem exegerit, quid mirum de reditibus illis nihil abradi hominibus, quo magis ii ad credendum ac subveniendum Reipublicæ allicerentur? Accedit odium fisci, unde haud tutò argumentum aliò traxeris. Quamvis (nam & hoc fateri fas est) minime grave aut odiosum hoc tributum appellaveris, quod cum gaudio fructuque semper sit conjunctum, præsertim ubi ex inopinato amplæ facultates obvenerint. Quin & ea seculi perversitas est, ut nec domestici desint hæredes, qui à parentum hæreditate, cui jam dudum inhiant, distringi aliquid à fisco neutiquam ægre laturi essent. Eos appellato, quibus invisa est paternæ ætatis longinquitas, quique hæreditatem, tanquam vultures cadaver expectantes, mortem exoptant eorum, qui sibi vitæ authores extiterint. Sed non est nobis hîc declamandum.

VI. Jus singulare Hollandiæ circa successiones mobilium.

Mantissæ loco attexam singulare esse, quod notat Grotius ex articulo 9, Juris Asdomici, mobilium successiones exigi ad jura loci, ubi defunctus diem obierit, non ubi habuerit domicilium; adeoque si in Juri scabinico obnoxiam regionem se lusum contulerit puer, ibique repentinâ morte tollatur, bonis ejus successum iri ex Jure scabinico, vid. Grot. *in Jijn Inleydinge, lib. 2, parte 26, in fin. & ibi Groenewege.*

# CAPUT III.

## *De Statutis quibus certo actui à perſona peragendo lex imponitur & quidem circa ſolemnitatem.*

### SUMMARIUM.

I. *In teſtamenti ſolemnitatibus ſpectari Jus loci ubi ordinatur, quove Jure aut ratione id innitatur, contra Burgundum.*
II. *De eo qui extra territorium rei ſitæ teſtetur juxta formam ejuſdem.*
III. *An Jure Romano coram ſeptem teſtibus teſtari liceat eo loci, ubi coram Notario & duobus teſtibus teſtamenta conduntur, & ſpeciatim de Hollandorum moribus?*
IV. *An apud nos citra licentiæ litteras coram ſeptem teſtibus teſtemur rite?*

EXPLICATIS duobus Statutorum generibus, & eorum quæ ſtatum turbant perſonarum citra rerum mentionem, & quæ ſunt impoſita rebus, ut nullus perſonæ actus veniat in partem, cumque hæc in realium, illa perſonalium Statutorum cauſam venire, allatis de utroque genere exemplis demonſtraverimus, ſubſequitur tertium & ultimum genus, eorum nimirum Statutorum, quibus lex præfigitur actui, qui à perſona ſit peragendus, eundem actum, vel vetando, vel certo etiam modo circumſcribendo, adeo ut nihil queat committi contra illa Statuta, niſi actus intervenerit perſonæ, & quidem ea Statuta intelligo, quibus ſtatus aut conditio hominum non turbatur. Locus hic quo per plures ſe protendit ſpecies, quas forum quotidie deproperat edere, eo plus quoque habet confragoſi, compluraque illuſtria exercuit ingenia. Ejuſque duplex poteſt eſſe inſpectio; aut quæritur de actus forma ſeu ſolemnitate: aut de materia ipſa, ſeu rei ſubſtantia quæ in diſpoſitionem venit deducenda. De teſtamentariis diſpoſitionibus loquor, de contractibus inter vivos non loquor. Quod apud nos inter conjuges (de quorum jure inſtituta hæc tractatio) inutilis quævis fere ſit ſtipulatio, ac noſtris vicinarumque regionum moribus juxta, prohibita inter vivos donatio. Si de ſolemnibus quæratur, ea jampridem in foro ac pulpito prævaluit opinio, ut ſpectandæ ſint loci cujuſque leges, ubi actus conficitur. Quare ſicubi ex more loci ſolemniter ordinatum fuerit teſtamentum, valiturum illud, ubicunque oportuerit exequi.

I. In teſtamenti ſolemnitatibus ſpectari Jus loci ubi ordinatur.

Unde & ſolemni Lutetianæ Curiæ arreſto pronuntiatum fuit ſecundùm teſtamentum, quod viator ac præteriens aliquis confeciſſet ſuo more pagi, in quo decubuerat, ut maxime longe alia teſtamenti ſolemnia lex domicilii ſituſque bonorum poſtulaſſent, teſte Choppin, *lib. 2, tit. 4, n. 2, de morib. Pariſ.* Conſentiunt & aliorum judicatæ res; Expylly *en ſes Arrêts, cap. 78.* Minſing. *cent. 5, obſerv. 20.* Gail. *lib. 2, obſerv. 123.* Guid. Pap. *quæſt. 262.* Mainard. *lib. 5, Arrêt deciſ. 92, & lib. 8, cap. 51,* noviſſime Joan. à Sand. *deciſ. Friſic. lib. 4, tit. 1, defin. 14,* nec aliud dicendum tradunt, ut maxime major in loco domicilii, quàm ubi actus confectus eſſet, deſideraretur ſolemnitas. Expylly *d. art. 78.* Minſing. Guid. Pap. *dd. ll.* & noviſſime Barry, *de Succeſſ. lib. 1, tit. 1, n. 46.* Atque hæc opinio diu ſcholas in tranquillitate tenuit, donec tandem perpaucis ire libuit in alia omnia. Fecêre id Cujac. *obſerv. lib. 14, cap. 12,* & Burgundus, *tract. 6,* qui ſuæ opinionis animoſior cæteris aſſertor, teſtatores aſtringit ad formam locorum ſingulorum, ubi bona ſita ſunt. Verum tanti rationes eorum non ſunt, ut à ſententia communi, tot rerum judicatarum & calculorum autoritate ſuffulta, cogamur facere divortium. Quamquam, ut verum fatear, nihil Juris eſt ſtatuenti in bona contrariis legibus ſubjecta, ut tranſcribendis illis in alium certam ſuamque formam ſuſtineat legiſlator præfigere. Idque ſi contingat fieri, quis negaverit vires hoc pacto explicari, adeoque Jus dici extra territorium? Nec puto effugium eorum tutum fore, qui ipſum actum diſpoſitionis, de cujus forma agitur, pertinere dicant ad Juriſdictionem loci, in quo celebratur: contractibus quippe hoc quadrat, negotiiſque ejuſmodi, quibus id agitur, ut obligetur perſona, cujus oſſibus ubique inhæret ſemel ex forma loci contractæ obligationis, nexus. De re verò alibi conſtituta diſponendi, aut ejus in alium tranſcribendæ formam hæc non concernunt. Realium namque jurium eorumve actuum, quibus fit mancipatio, aut dominum transfertur, aliam eſſe rationem, vel quotidiana praxis edocet, rectèque diſputat Burgundus, *tract. 6, n. 3,* male eo nomine reprehenſus à Joanne à Sande, loco ſupra citato, Jus in re ut naſcatur, quod hîc ex cauſa teſtamenti contingit, non poſſe id præſtare alterius regionis conſuetudinem, ut formâ illâ ac ſolemnibus circumdaret alienorum fundorum alterationes, adeoque omnino Jus diceret extra territorium. Quid igitur rei in cauſa eſt, cur Doctores æque atque tribunalia ordinatum ſecundùm formam loci, ubi conditur teſtamentum, effectum ſortiri ubique voluerint? Quod abſurdum viſum fuerint de ſingularum regionum poſſeſſionibus ſingula exaranda eſſe teſtamenta, vel unum idemque teſtamentum alio atque alio ſolemnitatum Jure inſtruere planeque repugnans liberæ ad extremum vitæ ſpiritum voluntati, ut qui aliò loci, negotiorum cauſâ delatus, ſubitoque morbo correptus fuerit, ei vel invitiſſimo neceſſe eſſet decedere inteſtato, vel ordinata ante ſuprema mutare eum non poſſe

jam fato propinquum, nec hæredes habere, quos optaverit, non ſuppetente tum ad territorii cujuſque ſolemnia, teſtandi facultate. Quare ut ſubſiſtat ordinatum ſecundùm regionis leges, in quam teſtator delatus fuerit, ultimum elogium, omnium quorumcunque locorum hominum, qui diverſis in locis prædia poſſident, ex æquo intereſt : adeoque ſecundùm eos dicendum eſt, qui neceſſitate quâdam, hominumque communi utilitate ſententiam hanc ſuſtentant. Quò pertinere videntur tradita Peckii, *de teſtament. conjug. 4, cap. 28, in fine;* Mæv. *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 1, art. 16, n. 10.* Alii verò qui Jure ordinario tutari eandem ſuſtinent, an non fruſtra ſint, ipſi viderint. Hæc de eo qui ſolemnitates obſervat loci ubi actus celebratur. Verùm non idem Juris ſit in caſu converſo, ut ſi quis juxta formam requiſitam in loco rei ſitæ, non ſui domicilii, de qua ſpecie poſteriori eſt, (quod tractant Minſing. *cent. 5, deciſ. 20, n. 5,* & Mævius, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 1, art. 16, n. 8,*) teſtetur alibi, ubi diverſa deſideratur ſolemnitas, non æque expeditum eſt. Sunt qui aſſerant valere teſtamentum ejus, qui ſubditus ſit territorii, in quo bona conſtituta ſunt, peregrini verò negent. Ita Barry, *de Succeſſ. lib. 1, num. 46, addùcto* Joannis Philippi *reſponſo 13,* & in eandem ſententiam ſcribit Mævius, *quæſt. 6, præliminar. n. 8.* Ego potiùs utrobique pro teſtamento reſpondendum duxerim, quippe perſonæ qualitas ad ſummam rei non facit, tum factura, ſi Statuta illa in ſolemnitates ſcripta perſonalia forent, ut ſubditus iis gauderet, non gauderet exterus : ſed contra conſtat ea mere realia eſſe. Quicunque enim fuerit, ſive incola, ſive exterus, qui rem alienare intendit, neceſſe habet reſpicere ad ſolemnitatem territorii, cui bona ſunt obnoxia. Quare dicendum eſt decidendæ quæſtionis rationem in modo prolatis poſitam eſſe : neceſſitatis nimirum rationem, ſummumque favorem qui pro teſtamentis facit, impetrâſſe, ut, quamvis illa mancipent æque atque alienationes inter vivos, ideoque conſimiliter componenda forent ad normam loci ubi res ſitæ ſunt, ſuffecerit tamen ordinâſſe, ſecundùm leges loci ubi actus conficitur. Proinde ſi quis eo, quod ad teſtandum expeditius ſuâ causâ comparatum eſt, noluerit uti, quod ei forte promptius ſit componere ſuprema ad loci leges cui bona ſubjaceant, quo minùs teſtamentum ejus valiturum ſit, non video : nulla enim Juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem, *lib. 25, ff. ad legib.* nec cùm ſuperaddatur alia teſtandi forma, admitur prior, quod novæ ſolemnitatis adjectionem potiùs dediſſe DD. quàm priorem ac ordinariam permutâſſe videantur, *arg. lib. 11, ff. de Senatorib.* Unde conſequens eſt dicere, ne diſputem ſine ſpeciei appoſitione, Amersfurti, ubi coram trinis teſtibus unà cum Notario ultima conduntur elogia, viribus ſub-

II. De eo qui teſtatur ſecundum ſolemnitates rei ſitæ.

ſiſtere celebrata, coram binis teſtibus ſupra Notarium, de bonis in Hollandia, aut in alia Provinciæ noſtræ parte ſitis.

III. De eo qui, coram ſeptem teſtibus, teſtatur.

Quid autem ſi quis ſecundùm formam Juris Romani, coram ſeptem teſtibus, teſtatus fuerit eo in loco, ubi, coram Notario binoque teſte, teſtamenta condi conſueverint, ut, apud Hollandos alioſque, obtinet, dicemuſne teſtamentum valere? Affirmat Grot. (*in ſyn. Inleydinge*) *lib. 2, part. 17, verſ. by ons is niet verboden.* Et innuere videtur Radelant. *deciſ. 125, n. 13, junctâ, n. 4.* ut & Tuld. *ad tit. Inſtit. lib. 2, tit. 10, cap. 11.* & expreſſius Baldo probatur teſtamentum, quod more Romano ſepteno teſte præſente factum fuiſſet, cùm ex more civico foret faciendum auctore Sacerdote gemino cum teſte, *vol. 5, Juris reſponſor. 355.* quem citat Chopin. *ad ll. Pariſ. lib. 2, tit. 4, n. 3.* Quæ ſententia vix eſt ut deflectat à vero. Patriam quippe teſtandi formam non contra, ſed præter Jus commune introductam dixeris, cùm non abrogato Romanorum teſtandi more eidem adhuc locus eſſe videatur, *arg. lib. ſancimus 27, C. de Teſtament.* Ut recte dici poſſe videatur per hodiernam teſtandi formam, utpote planiorem, remiſſam eſſe operoſam illam ac oneroſam ſeptem teſtium adhibendorum neceſſitatem, cui tamen ſi quis etiamnum alligare ſe voluerit, nihil ei ſit impedimento. Hinc cùm aliquando in foro Lubecenſi, ubi alia ſuaque teſtandi forma præſcripta uſu invaluerat, in litem veniſſet, utrùm ſecundùm Juris Romani ſolemnia ordinatum teſtamentum ſubſiſteret, pro eo pronuntiatum eſt, Teſte Mævio, *ad Jus Lubecenſ. lib. 1, quæſt. 9, prælimin. n. 44, juncta part. 2, tit. 1, art. 2, n. 162 & ſeq.*

IV. Citra litteras licentiæ.

Verùm apud noſtrates illud injecerit hæſitationem, quod inibi teſtari fas non ſit citra impetratas in hoc licentiæ litteras, quibus conceditur teſtari de rebus omnibus in ditione Ultrajectina ſitis, allodialibus juxta ac feudalibus, iis nimirum feudis, quæ ab Ordinibus eorumque vaſallis & ſubditis recognoſcuntur, idque coram Notario ac teſtibus duobus, aut apud judicem loci cui prædia obnoxia ſunt, vel coram paribus Curiæ feudalis, ſi ejus naturæ bona fuerint, hâc comprehenſâ litteris iſtis clauſulâ, valitura coram Notario ac teſtibus ita condita teſtamenta, perinde atque ſi coram Curia feudali, aut Judice loci rei ſitæ, celebrata fuiſſent. Harum igitur litterarum defectus, aut prætermiſſio vitiatne voluntatem ex more Romano ordinatam. Quæſtio, quod petat ipſam licentiæ naturam, digna eſt quæ in gratiam noſtratium excutiatur paulò fuſiùs. Judicatio in eo vertitur, pertineatne ad ſolemnitatem diſpoſitionis conſenſûs illius impetratio, ut præbeatur eo licentia quædam, prætermiſſâ vetere teſtandi formâ, diſponendi ſecundùm faciliorem illam litteris comprehenſam, an verò ſpectet ad habilitatem vel legitimationem perſonæ, quaſi apud nos omninò teſtamenti factionem haberet nemo, qui ejuſmodi licentiam non obtinuerit. Et quidem ad ſolemnitatem duntaxat actûs conſenſum reſpicere hæc argumento ſunt,

quod hodieque apud nos integrum ſit abſque ulla licentia teſtari apud Civitatis cujuſque judicem, in cujus latifundio bona ſita ſunt : cujuſmodi teſtationum exempla complura exhibent regeſta Civitatis Ultrajectinæ. Unde dicendum videtur conceſſionis beneficio nos ſolvi, quâ Romani, quâ municipalis Juris ſolemnitatibus, ut tum nec apud Judicem rei ſitæ, quæ patrii Juris ſolemnitas eſt, nec coram ſeptem teſtibus, quæ Romani, teſtandi ampliùs ſit neceſſitas. Itaque quod citra ullius conceſſionis opem licet in Hollandia, apud nos impetrata demum agitur licentia; quæ cùm citra notionem ullam nulli non detur, fere tributi, aut vectigalis cujuſdam vicem ſuſtinet. Ad hæc ipſa ante allata harum litterarum clauſula, quâ dicitur valiturum teſtamentum, haud aliter ac ſi apud Judicem rei ſitæ confectum eſſet, evincitur induci remiſſionem quandam ſolemnitatis, non habilitatem perſonæ : quemadmodum & ex eadem clauſula idem adſtruxit Wameſ. *centur. civil. cent. 6, conſil. 2, num. 4, verſic. præterea & num. 5.* Maxime omnium fidem faciunt tradita Radelanti idem plane aſſerentis, *deciſ. 125, num. 13*, qui, cum quinquaginta circiter abhinc annis Conſiliarii, poſt Præſidis munere in Curia noſtra ſit functus, quin probe perſpectam habuerit licentiæ naturam, nullus dubitaverim : cujus viri poſthumas deciſiones, vel potiùs privatum in uſum effuſas annotatiunculas, vernacule forſan ab ipſo chartis illitas, in publicum qui emiſerit, næ ille quàm peſſime conſuluit viri juxta ac Curiæ noſtræ dignationi, qui quidem Curiæ ita cum laude vir ille præfuit, ut & à Neoſtadio laudato viro laudari meruerit, *in Præfatione ante obſervationes feudales.* Juvat & illud ſententiam, quod apud eundem Radelantium deciſum extet in teſtamento inter liberos, aut ad pias cauſas non deſiderari Principis licentiam, deſiderandam omninò, ſi citra illam prorſus incapax aut inhabilis ad teſtandum perſona foret. Quomodo enim favore liberorum ſuſtineretur teſtamentum ejus, qui omninò teſtamenti factionem non habuerit.

De eo qui teſtatur in piæ cauſæ favorem, aut inter liberos.

Hæc autem quanquam à vero remota non videantur, ſcrupulo tamen nequaquam carent. Facit licentiæ tenor, quo teſtamentum, coram Notario binoque teſte, ordinatum perinde valere conſtituitur, atque ſi apud loci Judicem celebratum fuiſſet, nullâ factâ Latialis ſolemnitatis mentione, ut extra duas priores teſtamenti condendi formas, aliam licentiæ litteræ non videantur agnoſcere. Facit & Patriæ Civitatis ordinatio, quâ cavetur in rebus relinquendis aut legandis, vernacule *maecken*, adeundum eſſe Civitatis Judicem : ut per hoc dici poſſet, abolitam eſſe teſtandi more Romano facultatem. Facit denique quod apud nos Tabellionis munus capeſſat nemo, niſi qui prævio examine fuerit approbatus, ac præterea juramento ante aſſeveraverit ſe leges ſervaturum latas, obviandis fraudibus, quibus teſtamenta ſubjacent, ut coram promiſcuo prorſus ac injurato vulgo, id nego-

tii tranſigi Legiſlatores noſtrates videantur noluiſſe. Verùm hæc ut non moverunt Radelantium, ita forſan plures non moverint, qui cogitaturi ſint operoſæ Romanorum formæ, vel ideo licentiam non potuiſſe meminiſſe, quod cùm planior teſtandi forma in medio eſſet, qui adhibere ſcrupuloſiorem illam, putaverit Legiſlator fore neminem; ut non viſus ſit veterem teſtandi formam ſuſtuliſſe, ſed novam potiùs illi ſuperaddidiſſe, priori longe faciliorem. Ad hæc, ſi res dubia habeatur, non deerunt forſan, qui pro teſtamentis reſpondere tutiùs arbitrarentur, quorum conſervatio publicam utilitatem concernit, *lib. 5, ff. teſtament. quemadmod. aperian.*

CAPUT

# CAPUT IV.

## *De licentia teſtandi frequentata Trajectinis.*

### SUMMARIUM.

I. *Quouſque ſe porrigat teſtatio facta apud Judicem Civitatis, aut pagi, ſine vel cum licentia litteris? Et an teſtari liceat coram Curia Provinciali.*

II. *An qui in agro Trajectino apud Judicem ſui pagi ſibi invicem reliquerunt uſumfructum, Jure teſtati ſint conjuges quoad bona ſita extra diſtrictum pagi?*

III. *Quo Jure hac in parte utatur patria Civitas?*

IV. *De bonis extra Provinciam ſitis, citra conſenſum teſtatur apud nos recte ſive exterus, ſive indigena.*

V. *An citra teſtandi licentiam apud nos valide teſtemur in judicio de bonis ſitis extra Provinciam?*

VI. *Valeatne teſtamentum oppidani, qui, cùm æger eſſet, domi teſtatus fuit, coram Prætore ac duobus Scabinis?*

VII. *An qui in agro?*

VIII. *An de bonis in noſtra Provincia ſitis citra licentiam recte teſtetur alibi Ultrajectinus?*

IX. *An de agro emphitheuticario ſine licentia litteris teſtari ſit liberum, & quando ſit opus conſenſu dominico?*

X. *An in pia cauſa favorem ſubſiſtat ſine conſenſu facta teſtatio?*

XI. *An teſtamentum inter liberos?*

XII. *An ſine conſenſu domini vel Curiæ teſtetur Emphiteuta?*

XIII. *An vaſſalus, & quid inter liberos?*

XIV. *De feudo citra conſenſum Curiæ teſtatur nemo, ſi dominus alterutrum, vel vaſſalus, vel ſubditus, Ordinum Provinciæ fuerit.*

VERUM naturam noſtratis licentiæ, necdum quod ſciam ab aliis explicatam, cùm præcedenti capite eruere occœperimus, age, diſputemus de iis paulò uberiùs. Primo illud quæri contingit utrùm teſtari volens apud Judicem Civitatis, aut pagi hujus Provinciæ, licentiæ litteris indigeam ego Ultrajectinus? Illud hîc monendi ſumus, apud nos judicia ſui finibus territorii, ac imperii ita eſſe conſtricta, ut in illis judiciis condita teſtamenta, ſe ad bona iiſdem non ſubjecta non porrigant: idque palam fit ipſis licentiæ litteris, quibus apud Judicem teſtandi facultas ulteriùs non conceditur, quàm de bonis in ejuſdem diſtrictu conſtitutis; ut fruſtra citra licentiæ opem valere intendas, quod vel adjutus conceſſionis litteris (ſi tenorem earumdem reſpicias) ratum non

I. De eo qui teſtatur apud Judicem Civitatis, aut pagi.

effeceris : idemque Statuto Amersfurtenſi nominatim comprehenſum eſt. Itaque ut ad quæſtionem reſponſo defungar, dicendum videtur valituram diſpoſitionem de bonis in iſtius judicii territorio ſitis, de ſitis alibi in noſtra Provincia non item, ut hoc caſu nec licentiæ litteris teſtamentum ſuſtentari videatur, cùm iis non alia coram judicio teſtandi concedatur facultas, quam de bonis ſub eodem judicio conſtitutis, adeoque quoad teſtationes judiciales novi nihil conferant litteræ conſenſûs, teſtationum earum propterea duntaxat memores, ne per noviter introductam coram Notario ac teſtibus teſtandi formam, veterem illam judicialem viderentur ſuſtuliſſe, quod & nuperrime in Curia tractatum memini : ut hæc documento ſint laxiorem hac in parte proteſtatem eſſe Tabellionum, qui ab Ordinibus noſtratibus citra certæ ſtationis aſſignationem, toti Provinciæ creantur, quam judiciorum, quorum Ordines ſuam cuique ſeparatam Juriſdictionem, intraque oleas ſuas (quod aiunt) coercitam eſſe voluerunt, nec alterius territorii res alienari, aut dominia mancipari coram alterius judicio. Quamvis eo Jure, ut mihi quidem videtur, in agris, ob infrequentiam Notariorum, non tam diſtricte ſit utendum, obtentâ nimirum teſtandi veniâ.

I. Quid ſi teſtetur quis coram Curia.

Cùm licentiæ litteræ duas duntaxat teſtandi formas indulgeant, vel in judicio de bonis eidem ſubjectis, vel coram Notario binoque teſte; quæſitum eſt, an non ſubſiſtat teſtatio facta coram hac ipſa noſtra Curia, quæ litteras impertitur? Quod negandum eſſe vel illud argumento eſt, quod immobilia nunquam transferre vel alienare licuerit, coram Curia Provinciali, ſed ſuo duntaxat judicio, in quo ſunt conſtituta, teſte Radelant. *deciſ. 88, n. 3.* De mobilibus major forſan ſit dubitatio, quod alienari ea etiam, coram Curia, conſueverint, juxta eundem Radelant. *d. loc.* verum nec illud affirmandum videtur : cùm licentiæ litteræ in mobilia ac immobila juxta ſint ſcriptæ, nec ab alienatione inter vivos, ad ultimas voluntates affirmative recte deduxeris argumentum. Quemadmodum & Jure Romano, facillima quamvis inter vivos mobilium transferendorum eſſet ratio, teſtari tamen de iiſdem minori cum ſolemnitate, quàm de immobilibus, non licuit.

II. Aut conjugi reliquit uſumfructum.

De eo accepi aliquando acriter in Curia noſtra diſceptatum fuiſſe, valeatne conjugum diſpoſitio, quâ ſibi invicem apud pagi ſui Judicem uſumfructum reliquiſſent, quoad bona extra Judicis illius diſtrictum ſita? Affirmativa ſententia an perinde vera ſit, ac tum pluritate votorum prævaluit, equidem addubito. Impugnatur enim ſæpe adductis licentiæ verbis, quibus uſusfructus conſtituendi in judicio licentia datur de bonis eidem ſubjectis, ac conſequenter non concernant litteræ bona aliis municipiis obnoxia : nec movet me, quod movit tum alios, noſtratem mutui uſusfructûs ſpeciem, quod ab alterutro nequeat revocari, naturam ſortiri contractûs. Primò enim, cùm licentiæ litteræ in hujus uſusfructûs conſtitutionem expreſſim ſint ſcriptæ, argumento

eſt ultimæ potiùs voluntatis Jure eaſdem cenſeri. Quod è Patria ordinatione clariùs eluceſcit, *art. ult. Rub. de pact. ant.* quo prohibentur quidem conjuges ſibi invicem bona donare, vel legare, vernacule *geven noch maecken* citra mutui uſusfructûs cauſam, ſed eo abjecto, ut eundem ſibi invicem legent, in verbis.... Quibus verbis *geven* pro donare, *maecken* pro legare, ordinatio noſtra paſſim uti conſuevit. *Vid. Rub. 28, art. 1 & art. 4.* Ut exceptio ſubjiciatur prohibitæ illi legandi, non donandi facultati: propterea forſan, quod nonnulli putent maritum inter & uxorem, utpote in poteſtate ſua conſtitutam, inter vivos contractum non poſſe ſubſiſtere. Ex eo autem quod non ſubjaceat hæc voluntas alterutrius revocationi, ne alioquin ſe invicem circumveniendi præberetur facultas, non tranſit protinus in nomen contractûs: de quo videbimus aliàs. Deinde ut maxime detur per contractum inter vivos conſtitui conjugalem uſumfructum, propterea tamen non evincitur voluntatem ſubſiſtere reſpectu bonorum alibi ſitorum: conſtat quippe, nec inter vivos hodie alienari immobilia, vel tranſcribi in alium, niſi coram ſuo quæque Magiſtratu: uſusfructus autem connumeratur adeo immobilibus, ut nonnumquam pars habeatur proprietatis, *lib. 4, ff. de uſufr.* utique quoad alienandi cauſam: ut rei alienatione prohibitâ, & uſusfructûs dationem, tanquam ſpeciem alienationis vel partem, prohibitam eſſe expreſſim, ſit definitum, *lib. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Unde & paſſim reponitur à Doctoribus inter immobilia. Burgund. *tract. 1, num. 51*, Argentr. *ad art. 433, gl. 3. n. 3 & 4.* Chopin. *de moribus Pariſ. lib. 2, tit. 5, n. 22*, Caſtillo, *de uſufr. cap. 52, num. 10.* Barboſ. *in C. tit. de uſufr. ad lib. 16, num. 16, & plures ibidem alleg.* Quemadmodum & Ordinibus noſtratibus placuit quadrageſimum nummum, rerum immobilium alienationibus indictum, perſolvi & uſusfructus earumdem, conſtituti nomine.... Unde conductorem inter & uſufructuarium hoc intereſt, quod uſusfructus res ita afficiat ut mutatione dominii non amittatur, *neque ff. quibus mod. uſusfr. amittitur*, cùm, re conductâ alterius factâ, novus dominus locationi non teneatur ſtare, *lib. 9, C. locat.* Sententia Curiæ, cujus ſupra memini, lata eſt, *den 19 December 1648, tuſſchen Gysbert Aertſz cum ſociis, ende Willem Corneliſz Ruyter.* In manuſcriptis tamen annotatiunculis ad leges patrias, quæ teruntur manibus omnium fere eorum, qui apud nos Juriſprudentiæ ſacris in foro operantur, ac authorem habere putantur Everardum vander Schuer, patronum quondam in cauſis apud nos multum verſatum, notatum reperi, ſententiâ Curiæ noſtræ, latâ menſe Junio anno 1566, ac in ſuprema Mechlinienſium Curia, confirmatâ, intellectum fuiſſe uſumfructum omnium bonorum, quem conjuges apud acta Civitatis publica ſibi invicem erant elargiti, porrigi etiam ad bona aliunde extra Civitatis territorium ſita, ſcholiaſque iſtis expreſſum eſt ſpeciali Civitatis conſuetudine judicatum niti, non communi Provinciæ lege aut more; idque &

III. Quo Jure hac in parte utatur Patria Civitas.

mihi verisimile sit, quod ex sententia, quâ præscripta sunt acta processûs, id ipsum controversiæ compererim inter partes fuisse agitatum, ac præterea interlocutione, diffinitivam illam antecedente, edixisse Judicem in nonnulla esse inquirendum : haud dubie quo sibi de speciali illa Civitatis prærogativa ac consuetudine plenior fieret fides. Eoque magis adducor, ut hoc credam, quod indistincte patriâ ordinatione, *art. ult. Rub. de pactis antenuptialibus*, scriptum exstet, licere conjugibus, coram Civitatis judicio, legare sibi invicem bonorum suorum usumfructum : ut hæc ordinatio quæ Carolum V, auctorem habet, tanquam posterior & ad speciem directa, dicenda sit abrogasse anterioribus ac generalibus licentiæ litteris, jam tum ante per totam Provinciam frequentatis, ut apparet ex traditis Radelantii ; *d. decis. 125, fol. 249.* Consimiliter in iisdem annotatiunculis legere est, pronuntiâsse Curiam in bonis ubicunque constitutis, vires obtinere testamentum apud Judicem pagi de Hagesteyn conditum : verùm ambigere se scribit Annotator, utrum speciali loci consuetudine innixa sit sententia, an eo ductus fuerit Judex, quod petitione legati testamentum approbasset adversarius. Ut vel hinc liqueat, quàm non sit standum gregariis istis arrestographis, qui res nobis enarrant judicatas à Senatu, cui non interfuerunt, quosque sæpenumerò in proferenda decidendi ratione non parum videas hallucinari. Quâ notâ, utinam apud Belgas non laboraret Christinæus Decisionum scriptor Mechlinienſium, apud Gallos Papon, ambo alioquin non indiligentes Practicarum Observationum corrogatores, plurimæque lectionis.

IV. De bonis extra Provinciam sitis citra consensum an fiat testatio ?

Atque hæc de bonis in ditione nostra sitis. Idemne dicendum erit, si quis vel indigena, vel exterus testetur hîc de bonis sitis alibi ? dispar bonorum, par personarum ratio est. De bonis namque alterius regionis qui apud nos testetur, quicunque is tandem fuerit, à consensus impetratione immunis est : quod licentiæ litteræ intra bona in Diœcesi nostra constituta, expressis verbis concluſæ sint : quare cùm de bonis alterius Jurisdictionis nihil tribuatur licentiæ, nec forsan fas esset ut tribueretur, palam est eorumdem bonorum adspectu nullas litteris istis partes esse, nihilque licentiæ impetrationem operari.

V. Quid in judicio ?

Diximus ad bona alibi sita testandi licentiam non pertinere. Quid igitur, de iisdem bonis, si apud nos in judicio testatio fiat, eritne ea valida ? Valere eam si dixerimus, vero erit propriùs, insuper habita quoque subditum inter & exterum distinctione, ut ostendimus supra : ac licet Provinciæ nostræ peculiare sit, ut apud alterius Judicis acta celebratum testamentum ad alterius Judicis territorium aut bona eidem subjecta non pertingat, de bonis tamen ejusdem nostræ Provinciæ id exaudiendum est, alioquin ante diximus sufficere, si testamentum solemnitates habeat, quas locus rei sitæ exegerit. Unde & ad bona in solo Hollandorum sita haud dubie vires testamentum explicabit, quod & ubi mos

ſit teſtandi in judicio, teſte Grotio, *in ſijn Inleyd. lib. 2, part. 17, verſ. op twee myſen.* Quæ teſtandi forma Jure quoque Romanorum comprobata eſt, *lib. 19, C. de teſtam.*

VI. Domi noſtræ an teſtemur coram Prætore ac duobus Scabinis.

His annectere lubet, quod nuperrime in Curia noſtra in diſceptationem cecidit: Valeatne teſtamentum Montfortienſis, qui illud æger, impetratâ teſtandi licentiâ coram Prætore biniſque Scabinis domi ordinâſſet? & in negativam ſententiam conſonantibus votis itum eſt, *hoc anno 1651, ſub feſtum Paſchatis, in cauſa van Nicolaes vander Meer ende Guerrit Beerntſz.* Quod trajectinâ civicâ lege, quam deficiente Patriâ, ſequi amant Provinciæ oppida, cautum ſit domi cuique ſuæ non aliter teſtari apud Judicem fas eſſe quam convocatis ſupra Prætorem quatuor Scabinis, duobus pluribus, quam ſi in Jure vel in loco Juri dicendo deſtinato ſuprema conderentur: nimirum quod extra judicii locum major occaſio & ſuſpicio fraudis ſit, ut propterea etiam major deſideretur cautio, ex doctrina eorum quos citat Mævius, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 1, art. 2, num. 128.* Quemadmodum & aliàs ſeptem requiri teſtes in teſtamento ejus, qui illud extra acta judicialia, vel in alio quàm judicii loco, licet coram Judice ordinaverit, Doctoribus probatum eſt. Vid. Barry, *de Succeſſ. lib. 1, tit. 2, num. 4,* quam in Jure teſtandi viam cùm elegerit hic teſtator, & ſolemnitatibus ejuſdem ſit adſtrictus neceſſe eſt, præſertim cùm licentiæ litteræ formam teſtandi in judicio non immutent; ut propterea aptari huc poſſit vulgata ſcriptorum regula, conceſſam teſtandi facultatem datam intelligi ſecundùm ſolitam loci Conſuetudinem, ubi teſtamentum conficitur. Vid. Maſcard. *de Statutorum interpretat. concl. 7, num. 27, alleg. Afflict. & alios.*

VII. An in agro?

Idem quod diximus de Provinciæ Oppidis, num obtinebit & in agro? Variatum ſententiis eſt, affirmativâ modò Curiæ probatâ, modò negativâ, vid. Radelant. *deciſ. 117.* Noviſſima pro negativa deciſio, ut tempore poſterior, ita & Jure mihi potior eſt: ob infrequentiam namque hominum remitti aliquid de numeroſo illo Scabinorum numero à ratione alienum non videtur. Ne, cùm quinque forſan de judicio haberi nequeant, quod in pagis Scabinorum numerus minor, quàm in Oppidis eſſe ſoleat, nec ſit copia adhibendi Notarii, ultimo ſolatio priventur miſelli homines. Quemadmodum & Romano Jure agreſtium ſuprema ſolemnitatis laxamenti aliquid ſuper hoc ipſo teſtium numero promeruerunt. Judicatum habes inter *Ian Rutgerſſz contra d'Weduwe van Adriaen Rutgerſſz*, menſe Octobri 1617, quo plurali, id eſt, duorum Scabinorum numero Curia contenta fuit.

VIII. An alibi citra licentiam teſtetur Ultrajectinus de bonis hic ſitis?

Illud nos ſiſtat forſan, an Ultrajectini teſtatio abſque licentiæ litteris alibi facta, viribus ſubſiſtat ratione bonorum quæ intra Provinciæ noſtræ fines ſunt? Subſiſtere dixeris ex eo, quod ad ſolemnitatem pertineat hæc licentia, ac conſequenter non producenda ad teſtamenta alio in loco ordinata. Verum contra forſan ſe res habeat, quod licentiæ hujus impetrandæ neceſſitas non con-

cernat actum testandi in genere, nec quosvis teneat testantes Ultrajecti, quæ natura est solemnitatis actui generatim præstitutæ: sed ad speciem directa eas duntaxat respiciat testationes, quæ de bonis interponuntur sitis in hac Provincia, adeoque instar Statuti realis certa afficiat bona: unde & Christinæus, *ad leg. Mechlin. tit. 17, artic. 3, in addit. in princip.* tradit formâ bonis Mechlinensibus ad testandum præscriptâ etiam opus esse ei, qui alio in loco testamentum condiderit, asserens secundùm eam sententiam sæpiùs esse judicatum, quam & confirmat Wamesius. *cent. 6, conf. 7, num. 2 & seq.* Ex quibus & illud efficitur nec ab Hollando suo in domicilio Jure condi testamentum de bonis hîc sitis citra licentiæ opem: quippe cùm illa expressim restricta sit ad bona Trajectino in solo posita, satis constat non respicere licentiam subditos solummodo aut nostrates, sed in rem scriptam mere realem esse; ac proinde ratione bonorum hîc sitorum, forenses subditosque ligare ex æquo, ut pluribus explicat Wamesius, *d. loc. num. 4.* Hanc tamen sententiam si diligentiùs excusseris, erit quod de veritate ejus addubites. Ante ostendimus licentiæ vim apud nos in eo esse, ut beneficio ejus liberemur ab eo Jure, quo apud Judicem cujusque loci, ubi bona sita sunt, testari adstringimur: ac præterea id favoris datum esse ultimis voluntatibus ex communi Doctorum placito adstruximus, ut non necesse sit adhibere loci cujusque solemnitates, ubi res soli habueris; sed sufficere, ut testeris pro more regionis, ubi tibi suprema contingerit ordinare. Unde & quondam Curia nostra intellexit valere testamentum Trajectini, conditum in Hollandia, citra licentiæ illius litteras, de rebus quæ nostræ ditioni inhærerent, *tusschen Cornelis Elbertsz cum sociis, appellanten van die vanden Gerechte, van Mijdrecht, contra Gebbeken Albers go-appelleerde den 8 Januarii 1593.* Quod si quis sequi maluerit, ita demùm sequatur, cùm non apparet, aut evidens conjectura est testatorem eo se animo alio loci testatum contulisse, quo Statutum domicilii fraudaret, aut illud æris, quod impetrandæ licentiæ nomine apud nos penditur, subterfugeret, quo casu fraudem committi, Doctores aiunt, de loco ad locum, de qua Peck. *de testam. conjug. lib. 4, cap. 29, num. 3,* Mascard. *de statut. concl. 6, num. 134, & sequentib.* quæ fraus si abfuerit, dici possit nec ex eo infirmatum iri testamentum, quod testator postea non impetratis licentiæ litteris moriatur domi, argumento eorum, quæ luculenter tradita sunt apud eundem Peck. *lib. 3, cap. 9.* Quamvis pro contraria opinione quædam adducat Mæv. *ad Jus Lubecens. part. 2, tit. 1, art. 16, circa finem.*

IX. De agro emphiteuticario quomodo testemur.

Licentiæ litteris comprehensum est ad bona emphiteuticaria eas non pertinere. Unde mirum possit videri, cùm illa apud nos pari cum feudis succedendi Jure utantur, licet in reliquis fere discrepent, cur non & hîc sibi idem Juris in utraque Legislatores esse voluerint? Apparet sane majorem apud illos emphiteuseos quàm feudi aut aliarum rerum favorem fuisse, quod de his citra

conſenſum teſtetur nemo, cùm ſuper illa inſpici velint verba ſcripturæ, quibus res in emphiteuſin data eſt, ut, quidquid eâ comprehenſum ſit, cuſtodiatur, *inſtr. Curiæ, rub. 1, art. 32.* adeoque ſi ſcripturâ contineatur, citra conſenſum domini de emphiteuſi non iri teſtatum, Jus domino ſalvum manſurum eſſe atque illibatum, ſin verò de eo non ſit conventum, loco conſenſûs dominici adhiberi licentiam Curiæ, ut in rebus fit cæteris; quamvis hodieque paſſim conſenſum domini implorari non ignorem. Quod argumento eſt ob frequentiam terrarum ſterilium, quarum etiamnum apud nos magna copia eſt, emphiteuſes potiùs, quàm feuda, majores noſtros voluiſſe multiplicare, adeoque excitare dominos, ut darent terras in emphiteuſin, quo diuturnioris uſûs ac fructûs invitamento ad impenſiorem earum culturam emphiteutas obligarent.

X. Quomodo in piæ cauſæ favorem.

Tractatum nuper eſt in Curia, utrùm in cauſam pauperum ſubſiſtat ſine licentia facta teſtatio? Lite ſuper agro hæredem inter & legatarium ortâ, qui utrimque fiduciariam poſtulaverant adjudicationem, Curia vindicias ſecundùm pauperes dedit, anno 1650, circa feſtum Nativitatis Domini. In quam ſententiam & olim videō conſuluiſſe Sercerium. Exſtat famoſi apud nos, dum viveret, patroni conſilium, *in het derde Deel vande Conſultatien, conſ. 125, fol. 391*, eoque faciunt Radelantii, *deciſ. 125, num. 34*, quod hanc habet rationem, cùm licentiæ in hoc ſint comparatæ, ut earumdem beneficio condita teſtamenta perinde valeant, atque ſi Juris municipalis ſolemnitates fuiſſent obſervatæ, conſequens eſſe privilegiata teſtamenta, quæ ſolemnitatibus iſtis relaxata ſunt, ad cauſam litterarum licentiæ non pertinere: quorum in numero reponi conſtat, Romanâ lege, teſtamentum inter liberos, ob id ipſum licentiæ illis litteris non obnoxium, ex Curiæ noſtræ placito apud Radelant. *deciſ. 44.* Pontificiâ lege teſtationes in uſum pauperum factas, *cap. relatum, de teſtam.* Vid. Joan. à Sand. *deciſ. Friſ. lib. 4, tit. 1, defin. 13.* Cujus piæ cauſæ nomine venire relictum famulis aut ſimilibus perſonis, qui ægre vitam tolerant, etiamſi expreſſe non ſit adjectum, ad pias cauſas, Curiam noſtram cenſuiſſe accepi, *op den 19 Decemb. 1648, in cauſa van Cornelia Porſes requirante, contra Cornelis van Rijnevelt qualitate qua, gerequireerde.* Firmatur ſententia traditis Corenii, *Deciſion. 31, num. 28.* Rebuff. *de ſentent. proviſ. art. 3, gl. ult. verſic. ult. legata, &c.* Quamvis, ſi verum amamus, Juris civilis rectior auctoritas, quo communi Juris ratione muniendum eſſe ejuſmodi teſtamentum ſatis appareret, *ex l. 13, C. de ſacroſ. Eccleſ.* tanti apud nos eſſe debuerat, ut negaremus eam antiquari poſſe ullo flaminis decreto, pauperatem profitentibus ſæpe plus ſatis amico, cùm & videam Senatum Pariſienſium dubitâſſe, an pro teſtamento oporteat obſervare, quod morientem locutum eſſe teſtes aſſeruiſſent, propterea quod hodie planior teſtandi forma ſucceſſerit in locum Romanorum rituum, ac proinde ea ſaltem ſervanda veniat ſolemnitas, cui municipalis cujuſque lex teſtamenta ſubdiderit. Habent Chopin. *de privilegiis*

XI. Quomodo inter liberos.

*ruſticor. lib. 3, cap. 7, num. 9*, Charond. *lib. 11, reſp. 47, circa finem.* Chriſtinæus, *ad leg. Mechlin. tit. 17, art. 1, num. 42*, de viribus diſpoſitionis addubitat Grot. *in manuduct. lib. 2, part. 17, in fine.* Sane pietati Evangelicæ haud conſentaneum eſſe, civiles bonorum acquiſitiones, legum nexibus, piæ cauſæ favore, eximi purior religio jam pridem animadvertit, idque ipſum nuperrime *diſput. de teſtam. privileg. theſ. 10*, non inconcinne complexus eſt lectiſſimi ingenii, ac ſingularis facundiæ Juris anteceſſor, Henricus Moreelſe, qui mihi præ cæteris auctor fuit, ut animum ad ſcribendum appellarem, nec inſtare monere ut incœpta peragerem, unquam deſtitit, uſque adeo donec perpulit.

XII. Quomodo teſtetur emphiteuta?

Eadem in cauſa & hoc dubii motum fuit, utrùm ſine domini directi conſenſu de agro vectigali teſtandi ad pias cauſas facultatem habeat emphiteuta, ſi expreſſim pactis ſit cautum, ne ſine illo conſenſu teſtari ſit liberum. Nihil mihi periturum veritati videtur, ſi habere negaverim. Remiſſio quippe ſolemnitatum nihil operatur in præjudicium dominici conſenſûs, cujus impetratio non ſolemnitatis eſt, ſed Juris, domino in agro ex ſtipulatione competentis.

XIII. Quomodo vaſallus, & quid inter liberos?

Quare de feudis & ad pias cauſas, teſtans ſine domini conſenſu teſtamentum labefactat, cùm & hîc conſenſûs impetrandi neceſſitas cauſam trahat à Jure domini, cui inconſulto vaſallus non obtruditur: privilegiata autem cauſa nunquam trahitur in alieni Juris imminutionem? In quam ſententiam propendere videtur. Chriſtin. *Vol. 1, deciſ. 304, n. 26*, hinc & recte traditum eſt apud Fred. à Sand. *ad conſuet. feudales Geldriæ, tit. 2, cap. 1*, eo conſenſu illi quoque opus eſſe qui inter liberos condat teſtamentum, quamvis & hoc privilegiati ſpecies ſit.

XIV. Quid ſi dominus ſubditus, non vaſallus Ordinum fuerit?

Tandem & illud monendi ſumus, cùm, *art. 32, rub. 1, inſtructionis noſtræ*, ſcriptum ſit dari licentiam teſtandi de feudis quibuſcunque, quorum domini directi vaſalli ſunt, & ſubditi Ordinum Trajectenſium, judicâſſe Curiam *die ultimâ Julii 1596*, ſufficere alterutrum, ut, vel vaſallus ſit dominus, vel ſubditus, atque ita ſubſtitiſſe teſtamentum vi conceſſionis Provincialis conditum, citra conſenſum Præpoſiti Eccleſiæ Trajectenſis majoris, unde recognoſcebatur feudum. Idem à Curia intellectum contra Abbatem Sancti Pauli: quorum dominorum uterque ſubditi erant Ordinum Trajectenſium, vaſalli non erant, quod ſuam ſibi peculiaremque Curiam feudalem haberent. De utroque teſtatur & Radelantius, *deciſ. 115.*

CAPUT

# CAPUT V.

## *De Statutis realibus quæ circa actûs seu dispositionis versantur substantiam.*

## SUMMARIUM.

I. *Statutum ne conjux conjugi donet, leget, reale esse, adeoque non licere conjugibus Hollandis sibi invicem relinquere bona sita Ultrajecti.*

II. *Contra Ultrajectinos sibi invicem efficaciter relicturos bona constituta in Hollandia.*

III. *In Geldria sita bona, testationem de allodialibus inhibente, non item.*

IV. *Geldrorum contra de bonis apud nos sitis testationes tenere.*

V. *Statutum, in res ubicunque sitas scriptum expressim, forensibus bonis legem non ponere, sed actionem generare personalem, quâ consequatur rei æstimationem is cujus interest eam legatam non esse.*

VI. *Quid tamen si Statutum loci rei sitæ resistat dispositioni conjugali?*

VII. *Si quis apud nos decimo quarto ætatis anno testetur, frustra-ne is erit quoad bona sita Mechliniæ vel alibi, ubi ætas ad testandum desideratur major?*

VIII. *Num locus ubi testatio peragitur, inducat Juris diversitatem, si ut nostras de sui territorii rebus testetur in Geldria, de Geldricis contra apud nos Geldrus; vel nostras rerum Ultrajectinarum liberalitatem in conjugem conferat in Hollandia, vel contra?*

IX. *Ultrajectinus ex uxore prolem non habens, vel Amersfurtiensis, cui liberi sunt communes, an Jus habeant alienandi res sitas in Hollandia, ubi citra consensum uxorium alienatio licita est.*

X. *Ubi de potestate mariti nostratis citra venditionem ac alienationem immobilium ac disperditionem.*

XI. *Ac præterea de effectu hypothecæ à marito illiberi sine consensu uxoris constitutæ.*

XII. *De effectu communionis conjugalis quoad bona extra locum domicilii contrahentium constituta.*

XIII. *Pactitia conjugum communio an protendatur ad ejus territorii bona ubi illa communio non frequentatur.*

XIV. *Consuetudinaria seu statutaria bonorum inter conjuges communio, cujus natura ac effectûs?*

XV. *Communione non obtinente eo loci, ubi contrahitur matrimonium, nec communicantur bona alterius loci, ubi frequentatur communio. Quid tamen si tum nominatim pacta sit communio?*

XVI. *Quod Jus cujuſve loci ſpectari conveniat, in dirimenda creditorum de prioritate, contentione.*

XVII. *Quod in feudis, loci ſervientis, an Curiæ dominantis.*

SED de ſolemnitate tantum eſt, imò plus nimio forſan quàm patiebatur Commentarioli noſtri ratio. Verùm quæ de noſtrate teſtandi licentia, indicta aliis, in gratiam popularium diſſerui pauſò uberiùs, condonent exteri. Tandem ergo eæ percunctandæ ſunt quæſtiones, quæ ipſam actûs ſubſtantiam concernunt, vel res de quibus diſpoſitum fuit. Exempla ſunto.

*Conjux conjugi nil donato, nil relinquito, ut apud nos Ultrajectinos.*

*De rebus ſoli allodialibus nemo teſtator, ut apud Geldros.*

*Vir illiberis immobilia ſine uxorio conſenſu non alienato, ut noſtrorum civicâ lege comprehenſum eſt.*

*Vir idem ne vel exiſtentibus liberis facito, ut apud Amerfurtios municipalis lex tenet.*

*Vir decimo octavo anno major, ante vigeſimum tamen, immobilia non alienato, ut patria habet ordinatio.*

I. Statutum ne conjux conjugi legaret, reale.

Perſequar ſingula : & quidem de primo quæſito multa apud multos ſcriptio eſt, affirmantibus aliis reale eſſe, nec territorium egredi Statutum, quo conjugibus inhibetur ſibi invicem gratificandi facultas, aliis perſonale eſſe contendentibus. Quæſtionis diligentiùs excutiendæ cauſam mihi præbuit nuperrima litis illuſtris apud nos terminatio. Diemenus, Indiæ Orientalis, quæ Belgis unitis paret, Præfectus, cùm in arce Batavia diem obiiſſet, ſcriptâ ex uxore aſſe hærede, ac conſequenter etiam eorum bonorum, quæ in ditione Trajectina ſita eſſent. Quæſitum eſt, cùm per loci noſtri leges inhibita ſit omnis inter conjuges gratificatio, citra mutui uſusfructûs cauſam, noſtratia bona propinquis cederent ab inteſtato, an ſcriptæ hæredi? Causâ ad Ordines per modum reviſionis, ut loquimur, perductâ, ac compluribus in ſententiæ diſquiſitionem vice ſacrâ venire juſſis, affatim ſuper eo diſceptatum fuit : perſonale nimirum, an reale habendum ſit noſtrum Statutum. Videamus quid in utramque partem poſſit afferri. Sui cuique ſententiæ non deſunt aſſertores. En complures eorum, qui perſonale eſſe Statutum, adeoque exteros non conſtringere propugnant. Teſſaur. *quæſt. forenſ. lib. 2, quæſt. 4, num. 5.* Merlin. *de legitim. lib. 3, tit. 1, quæſt. 19, num. 14 verſic. Jaſon. tamen.* Coraſ. *de art. Juriſ. part. 3, cap. 13, circa.* Noſtras Radelant. *deciſ. 126, n. 12.* Carpan. *ad Statut. Mediolanenſ. cap. 295, n. 16, 17, 18.* Piſ. *var. reſolut. lib. 1, cap. 1, n. 17.* Pingizer. *quæſt. 29, n. 49, 51, 52, 55.* Et ii quidem hiſce argumentis juvari videntur. Quod Statutum vel Conſuetudo normam præſcri-

bens certo actui à persona peragendo, sine cujus actûs interventu contra Statutum nil queat committi, in personam, non in rem scripta esse videatur. Quod ex certo posita personarum generi, fundataque in ratione statûs conjugalis adeoque qualitas personalis, personis, non rebus data esse videatur. Quod Statuti ratio eadem apud nos sit, quæ apud Romanos prohibendæ donationis inter vivos fuit, ne conjugalis amor pretio sit venalis, adeo ut eâ subditorum duntaxat commodo ac tranquillitati prospectum dixeris. Quid autem ad Ultrajectinos Hollandorum conjugum discordiæ? Atque hæc quidem in proposito Statutum personale esse, adeoque ad exteros non pertinere arguunt. Contraria tamen sententia rationibus sustentatur fortioribus, ac longe plurimorum, & quidem nobilissimorum Scriptorum tulit suffragia. Argentr. *ad consuet. Britan. ad art. 218, gl. 6. num. 29.* Burgund. *ad consuet. Flandriæ, tract. 1, num. 36 & 41.* Molin. *ad lib. 1, C. de summa Trinitat.* Dassel. *ad consuet. Luneburgens. cap. 8, num. 20, 21 & 22.* Peck. *de testament. conjug. lib. 4, cap. 28, num. 6 & 7.* Cuyck. *ad consil. Graveta 844.* Chæval. *quæst. 724.* Bouvot. *quæst. notabil. in verbo institution d'héritier, quæst. 3.* Christin. *ad Leg. Mechlinienses tit. 17, art. 3, n. 4, Consilium apud dissentientem* Chassan. *ad consuet. Burgund. Rub. §. 7, verb. per testament. num. 12.* Eamque sententiam hoc argumentum tuetur, quod, ut personale dicatur Statutum, non oporteat inspicere rationem, quæ moverit forsan Legislatores, nec non quibus personis, aut quorum intuitu Jus ejusmodi sit comparatum, verùm quid qualeve illud ipsum sit quod prohibeatur: ut si reale sit prohibitum, qualis est rerum inter conjuges alienatio, reale audiat Statutum, adeoque denominatio Statuti desumenda sit ab objecto, seu re ad quam applicatur, personæ, vel inhibita, vel permissa agendi facultas. Unde certissima usu ac observatione regula est, cùm de rebus soli agitur, & diversa sunt diversarum possessionum loca & situs, spectari semper cujusque loci Leges ac Jura ubi bona sita esse proponuntur, sic ut de talibus nulla cujusquam potestas sit, præter territorii leges. Exornat hunc locum Argentr. *ad d. art. 218, gl. 6, num. 2,* probant Frederic. à Sand. *tract. 1, tit. 3, cap. 2, §. 4, num. 9, fol. mihi 245.* Goris, *in Adversar. tract. 1, cap. 6, num. 12.* Personæ autem viri & uxoris sit mentio, non ut personale evadat Statutum, sed ut appareat de quo hominum genere loquatur, Arg. *leg. 7, §. 8, de pactis.* Porrò quod Jus hoc inductum diximus ne turbentur matrimonia, turbaverit hoc neminem. Fac enim conjugum qualitatem causam dedisse legi, ne dixeris tamen inde legem ipsam personalem esse: separanda quippe ratio dispositionis ab ipsa dispositione est: ea namque in rem scripta, realis esse non desinit, personæ licet lata intuitu. Verùm nec tam personalis illa qualitas in consideratione nostri Statuti est, quàm favor legitimorum hæredum, ne iis profusâ conjugum erga se invicem liberalitate hæreditas intervertatur, idque ipsum probant

Hollandis conjugibus integrum non esse legare sibi invicem bonæ apud nos sita.

Chaſſan. *d.* §. *7*, *verb. donationis*, *num. 3.* Peck. *de teſtament. conjug. lib. 4*, *cap. 1*, *num. 5.* Argentr. *ad Conſuet. Britann. d. loc. num. 29.* Burgund. *d. tract.* §. *44*, *& in proloquio*, *n. 8.* Idque ipſum ſi noſtratem legem adſpicias, indubium eſt : tenet enim apud nos reciproca uſusfructûs donatio, etiam eorum conjugum, qui fortunis, ætate diſpares ſunt, valetque collata in valentem ab altero qui fato propinquus ſit, ut tum mera omninò compendii ſit captatio : cùm Romanæ prohibitionis ratio donationibus inhærens inter vivos omnem inæqualem inter conjuges gratificandi materiam excludat. Atque & omnia Jura ſuccedendi ab inteſtato ſcripta ſunt in favorem hæredum legitimorum, quæ tamen propterea nemo dixerit eſſe perſonalia. Ad hæc ſumma ratio eſt quæ pro hac ſententia facit. Quid ? Ultrajectinarum rerum in conjuges tranſcribendarum Jus ſubditus non habebit, habebit exterus, eorumdem bonorum ratione, melioris conditionis futurus quàm indigena ? Atque hæc ſententia in cauſa modo memorata omnium calculos tulit.

II. Contra Ultrajectinos efficaciter relicturos bona conſtituta in Hollandia.

Ex ſuperioribus & illa definita quæſtio eſt quæ per contrarium movetur, Ultrajectinum res ſoli Hollandicas efficaciter relicturum conjugi. In rem quippe ſcripta prohibitio fines territorii non egredietur, adeoque nec legem ponet bonis ſitis in Hollandia. Illud ſummâ providentiâ receptum eſſe ante docuimus, ſtatus aut conditio perſonæ ſi afficiatur, per conſequentiam res quaſlibet adſtringi, ut ab ejuſmodi conditionis perſona eæ nequeant alienari, cæterum directe res afficere, aut in ea cauſa conſtituere fundum ſibi non obnoxium, ne in certas perſonas alienetur, omninò us eſſet dicere extra territorium, quæ nullius Statuti directò vis eſt atque efficacia. Et certe cùm ad noſtri territorii fundos, qui ad Hollandos pertinent, effectum porrigant Statuta noſtratia, ut judicatum ſupra : nonne viciſſim ſuâ lege loci teneri æquum eſt Hollandici ſoli res ad Ultrajectinos pertinentes ? Et in hanc ſententiam ſuper bonis noſtratibus reſpondiſſe video, *R. van Amſterdam*, apud Hollandos, ut accepi, patronum quondam celeberrimum. Legitur conſilium.... *conſil. 37.* Conſentiunt Brodeau *ſur Loüet*, *lit. C. num. 42*, *circa finem.* Burgundus, *ad ll. Flandriæ tract. 1*, *num. 40*, *41.* Charond. *lib. 3*, *reſp. 16*, *idem*, *aux Coutumes de Paris*, *tit. des Donat. & Dons mutuels*, *art. 281*, *in fin. fol. mihi 203.* Barry, *de Succeſſ. lib. 1*, *tit. 1*, *num. 46*, *in fine.* Peck. *de teſtament. conjug. lib. 4*, *cap. 28.* Chopin. *ad ll. Pariſ. lib. 2*, *tit. 4*, *n. 15*, *& de privileg. ruſticor. lib. 2*, *cap. 2*, *num. 4.* Wameſ. *cent. civil. 6*, *conſ. 6*, *num. 1*, *verſic. Cæterum.* Quæ ſententia juvatur & *art. 32*, patriarum conſuetudinum, juſſu Ducis Albani collectarum, quo bona noſtratium extra ditionem conſtituta, in donationibus, legatis, uſusfructûs donationibus & ſucceſſionibus dijudicanda eſſe memorantur ex loci cujuſque lege, ubi ſita ſunt.

III. In Geldria ſita bona teſtatio-

Eodem ex fonte promanat alterius controverſiæ decidendæ ratio, quâ quæritur, an quæ apud Geldros tenet conſuetudo, ne cui de

rebus allodialibus teſtari liceat, conſtringat & forenſes de bonis in Geldria ſitis etiam aliò loci teſtantes. Cujus quoque affirmativam adſtruxit optimus patrii ſui Juris interpres Frederic. à Sande, *ad Conſuet. Feud. Geldriæ, tract. 1, tit. 3, cap. 2, §. 4, num. 9, fol. mihi 245*, vel eo veriorem, quod hæc alienandi prohibitio nec rerum quarumcunque ſit, ſed allodialium, nec quocunque teneat modo, ſed per ultimam duntaxat voluntatem, adeoque non omnis generis, omniumque rerum vetita ſit alienatio : nedum ut ageretur de perſonæ ſtatu, quando demum perſonale dici Statutum ante demonſtratum eſt. Unde recte traditum eſt apud Præſid. Everard. *conſil. 71, num. 9*, reale eſſe Statutum de uno genere bonorum teſtari prohibens, de altero permittens.

nem de allodialibus inhibente, non item.

Caſui, qui è converſo eſt, idem Jus, eademque quæ ſuperioribus, conſtat ratio : nimirum integrum eſſe Geldro de bonis extra Geldriæ limites conſtitutis teſtamentum condere : eoque magis quod teſtamenti factio Geldris in univerſum non ſit adempta, nec ita quaſi perſona ipſa teſtamenti faciendi foret incapax : allodialium namque ac immobilium finibus incluſa prohibita, alterius generis, aut loci prædia non afficit.

IV. Geldrorum contra, de bonis apud nos ſitis teſtationes tenere.

Diximus rerum alienationibus impoſita Statuta ad alibi ſita non produci, neque ea quoque in dubio capienda præſumptio eſt, ut alieno territorio leges imponere voluiſſe cenſeantur Legiſlatores, ut recte obſervat Burgund. *d. tract. 1, num. 45, circa finem.* Quid autem, ſi in bona ubicunque ſita expreſſim concepta ſit Conſuetudo, ut ne vel ea legare, aut mortis cauſâ donare, ſibi invicem fas ſit conjugibus? Dicendum eſt donationem propterea non labefactari : non enim potuerunt Juriſdictionem, ut maxime voluerint ſtatuentes, ad alibi ſita bona directe porrigere : cæterùm tamen Jus in re licet non tribuat Statutum; perſonas tamen conjugum aſtringere nulla dubitatio eſt, adeoque actionem gignere perſonalem, ut qui citra Statuti prohibitionem rem nactus fuerit, alterius hæredibus perſonali actione teneatur ad id quod eorum interſit donationem celebratam non eſſe. Huc faciunt tradita à Burgund. *num. 45 & 46*, non tamen ut ex eo quod ſciverit prohibitionem Statuti, irritarì dixeris ex doli clauſula, donationem : cui tamen ſimile quiddam ratiocinatur Burgund. *d. tract. 1, num. 31, circa finem*, cùm enim ipſa donatio ſeu mancipatio teneat, nequicquam repugnante domicilii prohibitione; utique pœnam aliquam non meretur, quod lege ſitûs permittente, me vel ſcientiſſimo, factum eſt : in tantum verò prohibitorium Statutum poterit imperare, ut perſona ei ſubdita obtemperare habeat neceſſe, aut quod alteri eo nomine abfuerit, reſarcire : commune enim DD. effatum eſt, Statutum afficere poſſe perſonam ſubditi, etiam quoad bona extra territorium ſita, quando nominatim ſtatuentes hoc edixerint. Vid. laudatos à Grivell. *deciſ. 104, num. 44 & 45.*

V. De Statuto ſcripto in res ubicunque ſitas.

Hoc ita ſi Statuta locorum ubi bona ſita ſunt non repugnent, aut reſiſtant iſti, quod eſt in loco domicilii, qui caſus à præce-

VI. Quid ſi re-

pugnet ei Statutum loci rei sitæ.

denti conversus est, ut observatum est ab Argentreo, *ad 218, gl. 6, n. 38.* Fac enim Hollando Patriam legem expressim dedisse facultatem conjugi gratificandi de bonis ubicunque sitis. Respectu rerum nostræ Provinciæ frustra erit Legislator Hollandus, & ne quidem personalis nascetur actio, quâ petatur æstimatio. Quia Statutum loci, cui fundi obnoxii sunt, repugnat dispositione prohibitivâ aut annullativâ : aliter enim si dixerimus, perlusorium redderetur Statutum Trajectinum, & nulla potestas statuenti foret in prædia sibi obnoxia, quæ ad Hollandos, aut exteros pertinerent, resque effectu eodem recideret, ac si rei, contra prohibitionem Statuti, legatæ deberetur æstimatio, contra quam communiter traditum est. Vid. Sand. *lib 4, tit. 4, defin. 4.*

VII. Ætatem testandi metimur à loco ubi bona statuta sint.

Valde affine erit disquirere, utrum ætatis quâ testari liceat definitiva lex, vim suam proferat in externa alterius regionis prædia. Utar exemplo. Ultrajectina in Provincia, cùm nullum sit tempus testamenti factioni præstitutum, frequentatur Jus commune, quo uti mares quatuordecim, fœminæ duodecim annorum de rebus suis legaverint, ita Jus est.... ad exemplum Meldensis Provinciæ, in qua cùm itidem ætas nulla testationibus ultimis assignata esset, judicavit Curia Parisiensis supplendam omissionem ex lege Romana, referente Chopin. *de morib. Paris. lib. 2, tit. 4. n. 6.* Eadem quæ apud nos est, tenet apud Hollandos & Antuerpienses consuetudo. Quanquam, si non ex auctoritate, sed ex veritate res æstimanda foret, quotusquisque erit, qui non dixerit præmaturius esse hoc tempus, quo de bonis in alium conferendis cum fraude hæredum legitimorum, decernant adolescentuli; cum tenella illa ætas insidiose obsequiosum ab amico vero internoscendi facultatem non habeat; compertumque sæpe sit scriptos ab ea hæredes, quos captator aliquis jusserit, vel crustulis fuerit eblanditus. Quare si vel Parisiensem legem, quâ infra vigesimum quintum annum de feudis testari licet nemini: vel, si hoc paulò altiùs videatur excurrere, Mechlinienſem, quâ duodevigesimo maribus, sextodecimo fœminis testamenti factio est, vel Pictonum, quâ idem licet maribus viceno, fœminis decimo octavo anno, ratione ac æquitate patrio more an testari dixerim, libera magis vox quàm erronea esset. Sed, ut id quod instat agamus: quid si nostras testetur anno ætatis decimo quarto, sortieturne effectum dispositio in rebus, quæ alterius regionis solo inhæreant, in qua major ad testandum desideratur ætas? Sit dubitandi ratio, quod de personarum ætate ac capacitate lata lex in personam concepta esse videatur, adeoque ad quæcunque producenda territoria. Verùm contra reale Statutum esse inde dixeris, quod in statum ac conditionem personæ non sit scriptum, sed expressim directum in rerum alienationes aut alterationes, & quidem per solam testamenti speciem, adeoque circumscriptive ad istum alienationis actum, cujusmodi Statuta realia esse traditum sæpiùs : & vel

inde in propoſito conſpicere eſt, quod immoto perſonæ ſtatu, quæ nulla ex parte tutelæ ſubducitur, auctoritate tutoris non ſpectante minoris teſtationes, tribuatur noſtratibus hæc teſtamenti factio, adeoque cùm ſtatus non turbetur, lex perſonalis dici nequeat. Unde nec Juſtiniano noſtro repoſita hæc de teſtandi poteſtate materia inter perſonalia Jura, quæ primo Inſtitutionum libro profitetur ſe pertractare, ſed in ſequente demùm libro tradita, ubi de rebus ſe acturum edixerat, & in hanc ſententiam conceſſit Mechlinienſe Concilium, memorante Chriſti. *vol. 1, deciſ. 282, num. 12,* ubi ſpeciatim meminit teſtatoris noſtratis. In eandem & Curiæ Pariſienſis Senatores coïerunt præjudiciis compluſculis. Chopin. *de moribus Pariſ. d. num. 6.*

VIII. Num locus ubi teſtatio peragitur, inducat Juris diverſitatem?

Locus autem, ubi actus conficitur, Juriſne diverſitatem inducat, videamus. Fac Hollandum teſtamentariam in uxorem largitatem celebraſſe Ultrajecti, Ultrajectinum de rebus ſuis, non repugnante ſoli lege teſtatum eſſe in Geldria, aut utrobique per contrarium Ultrajectinum in Hollandia, aut Ultrajecti Geldrum ſua ordinaſſe ſuprema. Suſtinebiturne, aut irritabitur ordinatio, prout habebit ſe regionis mos ubi ſcriptio peracta fuerit? nequaquam: formam enim actûs ſpectantia diriguntur quidem ab iſto loco: materiam autem diſpoſitionis, quæ concernunt Statuta attendenda ſunt, ubicunque alicui de bonis iſtis teſtari contigerit. Unde cùm ejuſmodi Statutis rerum duntaxat vetita ſit alienatio, & quidem certo tantùm modo, adeoque ſtatus perſonæ non diſcutiatur aut turbetur conditio, conſequens eſt dicere Statutis iis tanquam mere realibus, omni caſu locoque res affici, ad bona alibi ſita non pertingentibus.

IX. Maritus noſtras liberis an alienet res Hollandicas ſine conſenſu uxoris.

De prohibita conjugum donatione diximus, ſuccedat illa prohibitio, quâ per Statutum Trajectinum vir liberis communibus carens, immobilia citra conſenſum uxorium non alienat, & ſuo more Amersfurtienſis ne quidem liberos habens. Eritne & illa Juriſdictionis ſuæ limitibus ita circumſcripta, ut vis ejus nulla ſit in prædia extera? Ego hîc aliud à præcedentibus haud facile dixerim. Directe enim in rerum alienationem ſcripta hæc lex, realis omninò dicenda eſt: nec enim Statutum reale ſit, an perſonale metiri oportet à ratione quæ à conjugali forſan qualitate fuerit ducta, ſed ab ipſa re, quæ in prohibitionem Statuti ceciderit, de quo fuſiùs egi ſupra. Atqui videri poſſet prohibitorio hoc Statuto maritalem circumſcribi poteſtatem, adeoque illud eſſe perſonale, ut vires obtineat ubique locorum: haud aliter atque uxorem, quæ in tutela ac poteſtate viri eſt, citra auctoritatem ejus nullibi nec contrahere nec alienari poſſe ſupra adſtruximus: verùm Statuti noſtri verba propriùs expendenti, diſparitas rationis in aperto erit. Illic quippe mulieri poſita lex ſtatum ejuſdem turbat, ut mariti in ſe tutelam, quam in loco induit domicilii, circumferat mulier ubique. Cùm prohibitoria noſtra lex in maritum ſit ſcripta, cujus ſtatus non turbatur, aut alteratur conditio, ſed tam ſuas

res quàm uxorias, vel potiùs ſibi cum uxore communes (communionem enim bonorum reſpici dixeris à Legiſlatore quam induxerat inter conjuges articulo præcedenti) mancipare volenti marito ea lex ponitur, ut iſti fini comparere neceſſe habeat conjugum uterque. Ex eo autem quod apud nos prohibeat Legiſlator marito mancipare immobilia coram judicio.... haud dubie ſcripſiſſe eum duntaxat apparet Statutum in bona judicio illo ſuo ſubjecta, adeoque ad alterius Juriſdictionis prædia non voluiſſe illud excurrere. Non ita tamen ut ad formam actûs ſpectet prohibitoria Statuti oratio : quando in hoc requiratur conſenſus uxorius, ne hærediis ſuis vel rebus ſoli temerè à marito privetur mulier : cùm ita demùm formam reſpicere conſtet conſensûs alterius adhibendi neceſſitatem, ſi de nullo conſentientis agatur incommodo, Tiraquell. *ad leges connub. gl. 6, num. 5 & 7*, ut ſi noſtras innupta apud Geldros iret litigatum, ubi pro more ibidem recepto curatoris aſſumendi ſolemnitate adſtringeretur. Verùm, ut apud nos ſe mores habent, non adeo magni momenti, effectum ſi reſpicias, hanc prohibitionem eſſe vel illud argumento eſt, quod ipſa licet mancipatio vel tranſlatio, ſeu ut Statutum habet.... non teneat, teneat tamen exemptionis contractu actio perſonalis, cujus beneficio ad ſolemnem rei traditionem in maritum emptor agit, ut ſi ille judicata detrectet facere, carcere eo adigatur, vel contumaciâ perſeverante, aut marito non efficiente, ut conſenſum mancipationi accommodet uxor, æſtimetur à judice, quanti emptoris interſit rem ſibi mancipatam non eſſe, illudque ipſum in uxoris, juxta ac mariti bona, mandetur executioni. Quod & Burgundo probatum vidi, *in tractatu de Evictionib. cap. 35, num. 6.* Mariti nimirum uxoris fundum, contra conſuetudinarii Juris prohibitionem vendentis alienatio licet non ſubſiſtat, teneri tamen uxorem quoque perſonali actione ad id quod intereſt propter evictionem, id eſt ad refuſionem pretii, & præſtationem ejus quod intereſt : quia, inquit, debitum illud incidit in communionem. Hinc recte traditum eſt apud Charond. *lib. 2, reſponſ. 29.* ejuſmodi maritum in eadem cauſa eſſe cum quovis venditore rei alienæ. Cui conſequitur uxorem teneri hoc debito, æque atque aliis omnibus, ſe neſciâ, à marito contractis. Ita apud nos ex maritali ejuſmodi traditione rei vindicatione agens emptor repulſam tulit, ex empto poſtea agens ut rite res ſibi mancipetur, non tulit : de quo tamen quoad mores Geldrorum dubitat Goris, *in Not. ad* Sand. *de Effectuat. cap 4, n. 13, in fin. & in Adverſariis noviſſ. edit. tract. 3, part. 2, cap. 6, n. 13.* Quemadmodum & hypothecam conſtituens apud nos ejuſmodi maritus, quanquam nihil agat realis actionis adſpectu, perſonalem tamen contraxit obligationem, utrumque conjugum æquo onere preſſuram. Quin & ex eo eluceſſit non adeo præjudicium uxoris in conſideratione Legiſlatoris noſtratis eſſe, quod vel invitiſſimâ uxore quomodolibet contrahere, vel æs alienum conflare, unaque

De poteſtate mariti improlis in vendendis ac transferendis immobilibus.

X. Maritus illiberis pignori dans rem immobilem citra conſenſum uxoris, an perſonali ſaltem actione conſtringat uxorem?

unàque uxorem adſtringere valeat maritus, unde poſtmodum æris illius diſtrahendi cauſâ neceſſaria rerum ſequatur alienatio. Hinc crebram memini vocem Everardi vander Schuer, celebris quondam apud nos Advocati, dicentis mores ſe noſtros in eo demirari, quod viro prolem ex uxore non habenti alienare res ſoli prohibitum ſit, rem omnem vel in lupanari prodigere non ſit. Quare Hollandica prædia non conſultâ uxore valide alienat conjux Ultrajectinus, nec minus Ultrajectenſia prole donatus Amersfortenſis; cui ſententiæ faciunt quæ diſputat Burgund. *tract. 1, num. 9.*

XII. Communio bonorum inter conjuges, cujus effectus?

Illa quæſtio prætermittenda non eſt, communio conjugum an & illa pertineat ad realium Statutorum claſſem, vel an eâ comprehendantur bona ſita alibi, ubi eadem conſuetudo non obtinet. Exemplum eſto. Ultrajectinis aut Hollandis conjugibus res ſoli ſunt in Friſia, non niſi quæſtuum agnoſcente communionem. Quæritur an & illæ res incidant in univerſalem bonorum communionem, quæ apud Ultrajectinos Hollandoſque juxtà frequentatur. Torſit hæc quæſtio præclariſſima ingenia, adeoque diſtraxit in partes diverſas, ut nonnulli alterius territorii bona communioni includi aſſererent, negarent alii. Acriter cauſam priorem agit Molinæus, *conſ. 53*, in cujus ſententia refellenda deſudat admodum vir præſtantiſſimus Argentreus, ad *art. 218, gl. 6*, longiùſque ardore contentionis (ut fieri aſſolet) abreptus Molinæum exagitat quod cogitationibus & ingenii confidentiâ fretus, ſuum illud ſcripſerit conſilium, ut ſuſceptam cauſam, non ut meliorem, tueretur. Mediam quodammodo viam ingreſſus Burgundus, *tract. 1, num. 15*, litem ita componit, ut perſonale quidem eſſe Statutum aſſerat; cæterùm tamen ad alterius territorii bona vim ſuam neget exerere. Tractat, non pertractat hanc quæſtionem Goris, *Adverſ. tract. 1, chap. 6*, neutram in partem interpoſito judicio. Operæ prætium eſt excutere eam accuratiùs. Tres facti ſpecies diſpeſcit Argentreus. Aut nullo habito tractatu coïtur matrimonium, lege ſolummodo trahente ſecum communionem, aut tabulis antenuptialibus pacta eſt, ſed ſimpliciter bonorum communio, aut denique eo expreſſim adjecto, ut in bonis ubicunque ſitis obtentura ſit communio. Ego ſpecies poſteriores duas coincidere putaverim. Nam quod Argentreus autumat inductam pacto ſimpliciter bonorum communionem, accipiendam eſſe de iis ſolummodo bonis, quæ domicilii finibus includuntur, vix eſt ut admiſerim, niſi conſuetudo aut Statutum communionem intra cancellos territorii coerceat expreſſim, ut tum in ambiguo, ſecundùm Jus patrium contracta videatur communio. Verùm indefinite ſi conceptum ſit Statutum, res coëuntium in commune redactas dixeris univerſas, ubicunque ſint ſitæ: generaliter enim vel ideo locutum eſſe Legiſlatorem veroſimile eſt, ne bonorum inter ſuos conſortia nimiâ contingat laborare inæqualitate, vel pror-

sus etiam claudicare, extra sint; ac consequen nem accipiendam esse potiùs bimembris esto bium. Utrùm Pactitia T communio coarctetur ir munio frequentatur. contractâ societate tacit *ff. pro socio.* Per mores juges communicationi perinde habeatur ea vali aut mancipationem profe publica, ubi bona sita *Geldriæ, tract. 4, §. 21,* nem in eo esse, utrùm tracti matrimonii, quo sit effectus, an non sit: mutua facta sit mancip Quare dicendum est b allata, redacta videri moris sit, quod in pleri tio contemplatione mat

XIII. Pactitia conjugum communio, an protendatur ad alterius territorii bona.

quæque ſitûs tantùm ſeparantur diverſit
quæ jam ante ſocietatis auſpicia ad conj
bant. Alia ratio eorum eſt, quæ ab alte
ſocietate acquiruntur : licet enim contra
rantur rerum dominia, quod per tradit
bona intelligantur communicata, *d. leg. 2*
bona coëmerit alteruter, aut comparave
non ſunt, ſed ſocietatis illius judicio co
conſequendam eorumdem communicati
*& ibi gloſſ.* In locis igitur qui ſcripto ill
tuta, conſtanteque matrimonio acquiſita
non incidunt, ſed eorum ratione, diſſolut
in partem. Vid. Goris, *in Adverſ. tit. 1*,
viſſima in allodialibus habent perexiguum
fere gentes ab uno quæſitum acquiritur
men etiamnum obtinent : quæ quamvis
ne, ſi tabulis antenuptialibus acceſſerit d
quæſita tamen ei ſolum conjugi cedunt,
ceſſionem ad dominium admiſſus eſt, in
ſtipulatæ communionis auxilio admitti in
latiùs explicata habes apud Frederic. à S
*Geldriæ, tract. 2, tit. 2, cap. 3, num. 7 & ſeq.*

nere eandem, ad quæstus ubique locorum factos, quæ consequentia Molinæi est, sed suo illa jura coarctari territorio. Verum næ Burgundus in eo fallitur. Nam quod noviter intendit personalia Jura actionem aliam vel effectum, quam personalem non producere, adeoque non officere res, id quam falsum sit, supra pluribus ostendimus. Utique quæ de prodigi, pupilli, minoris, viri & uxoris statu ac conditione latæ sunt leges, personalia Jura sunt, ac vel eo ipso palam est agere illa in bona ubicunque sita, cùm contra realium vis atque efficacia alienum in territorium non protendatur. Proinde si in personalium classem reponatur connubiale bonorum consortium, consequens erit dicere obtinere illud in bonis, aut quæstibus quibuscunque; contra realium numero si veniat, territorii metis teneri incluſum. Verumenimvero, ut expromam quod sentio, illis ipsis argumentis, quibus duo isti coryphæi assertum eunt personale esse communionis Jus, mihi contra reale esse effici videretur. Palmarium, quo pugnant, argumentum est, communionis hujus causam ac rationem totam referendam esse ad naturam traditionis, quæ eo ipso intercedere intelligitur, quo matrimonium & per consequens rerum societas contrahitur, quod & in alia quavis universali societate Jura credant tacite interveniſſe mutuam traditionem, *leg. 2, ff. pro socio*, quæ societas, quamvis nominatim coïta non sit, tacite tamen contracta intelligitur, quod secundùm regionis morem, actûs hujus interpretem, societatem hanc eo ipso videantur iniisse contrahentes, quod aliter non pepigerint; ut ipsi matrimonii contractui insit hæc rerum communicatio, eo quod loci lex, in eundem influens, eam naturam, eumque effectum nuptiarum contractui indiderit: ita ut hæc consuetudinaria societas speciem dicatur obtinere alienationis voluntariæ, quâ contrahentium alter, alteri semissem bonorum tradidisse censetur aut mancipasse, quomodo hoc conjugale consortium communiter exaudiunt Pragmatici: Coren. *consil. 25, num. 25.* Wamesl. *cent. 5, consil. 96, num. 1.* Burgund. *tract. 1, num. 16.* Proinde omninò consequens est ut ea societas ex actu communicationis seu mutuæ alienationis, qui matrimonii tractatui ineſt, dicenda sit descendere: ex qua alienatione, quoad personalem effectum, persona quidem tenetur, unà cum rebus ubicunque sitis; cæterùm tamen, ipsum mutuæ communicationis effectum si respicias, super quo hæc quæstio instituitur, illud videntur laudati Scriptores velle, matrimonium contrahentes eo loci, ubi illa bonorum communio obtinet, tacite eandem videri iniisse, adeoque perinde esse ac si diserta pactorum connubialium lege res invicem communicassent. Ut sit manifestum, non hoc ad controversiæ decisionem in quæstione ponendum esse, utrùm Statutum vel Consuetudo loci, secundum quam contrahitur matrimonium, realis sit an personalis, sed utrùm hæc tacita bo-

Communio bonorum non tam procedit à Statuto aliquo, quam rerum communicatione, quâ expressâ, quâ tacitâ.

norum communicatio, actus ſit realis vel perſonalis: cùm Statuti nullæ ſint partes aliæ, quam matrimonii contractum interpretari; quovis ſcilicet contractu interpretationem accipiente à loco, ubi celebratur; adeoque, aliter collocato controverſiæ ſtatu, quæſtionem in eo eſſe, utrùm per hanc tacitam communicationem vel alienationem (quicumque enim communicat, alienat) transferantur & ejus territorii bona, ubi nec ex cauſa matrimonii per mutuam conventionem, citra ſolemnem mancipationis interventum, rerum dominia alienantur: quod, cùm hic actus haud dubie ſit realis, apparet eſſe negandum (de perſonali effectu ſeu actione inde proveniente diximus ſupra) cùm ſæpe dictum ſit, & communis uſus obſervet, rerum dominia non aliter inter vivos alterari, quàm eâ obſervatâ formâ, quam Jura Legeſque, in quo fundi illi conſtituti ſint, exegerint: adeo ut fruſtra quæſiveris ſuper Statuto aliquo, an ſit reale, an perſonale, ſed controverſiæ ſtatus ſit ſuper rerum communicatione ſeu alienatione, ad quas res ejuſmodi actûs vel contractûs poſſit pertingere. Quod apud Hollandos eo faciliùs admiſeris, quod inibi juxta Neoſtadii notata, *ad deciſ. 9, de pact. antenupt.* tacita hæc & ſubintellecta communionis conventio ex quondam frequentatâ pactitiâ inoleverit. Viri enim cùm mercaturæ beneficio innumeras opes (mulierum pleriſque & in eo partes ſuas obeuntibus) ut plurimum conquirerent, ac conſultiùs ſibi fore exiſtimarent mulieres lucri damnive per omnia fieri participes, quam ut præter dotis reſtitutionem nihil ultra exſpectarent, factâ etiam dotis jacturâ, ſi mariti facultatibus laberentur, ſtipulationes hujuſmodi de rerum communitate adeo frequentes interceſſerunt, ut etiam omiſſæ, ex tacita contrahentium mente, pro expreſſis haberentur. Quare legalis hæc rerum communio perinde pacti taciti nomen meretur nobis, atque Juriſconſultis invecta & illata in urbanas habitationes propterea pignori eſſe dicuntur, etiamſi id nominatim non convenerit, quia (inquit, *in leg. 4, ff. de pactis*) conventiones etiam tacite valent, quaſi diceret, quoniam ejuſmodi conventio, ut res pignori ſint, interponi ſemper conſuevit, lex etiam non expreſſam, tacito conſenſu, intervenire intelligens, generaliter illata pignori eſſe voluit, niſi ſpecialiter contrarium eſſet actum. Sit igitur hæc quâ pactitiam ſeu expreſſe initam, quâ tacitam ex ipſo matrimonii contractu, à Statuto vel Conſuetudine loci, interpretationem accipiente, inductam res afficere quaſcunque, præter conſtitutas eo in loco, ubi ſolemnis rerum deſideratur mancipatio. Quarum rerum reſpectu perſonale geritur negotium, ex eo quod omnia ſua bona contrahentes cenſeantur voluiſſe eſſe communia, ut diximus ſupra; quare ubicunque illa communicatio vim mancipandi non habuerit, naſcetur inter conjuges obligatio, quâ agant illi, vel in rei partem, vel ad id quod cujuſque intereſt bona illa communicata non fuiſſe: niſi tamen bona fuerint feudalia, cujuſmodi

Quod ſpecialiùs confirmatur moribus Hollandorum.

generali bonorum communione negavimus venire, ut ita demùm, ſi expreſſim eorum ſtipulata ſit communio, in partem pretii admitti recte conjuges intendant. Quemadmodum & conſtante matrimonio conquiſita bona veniunt in communionem omnia, niſi ex lege loci prædiaria ejus ſolius ſint, cui ea fuerint tradita, admittendo tum altero in pretii præſentis partem : præterquam quod apud nos feudi acquiſiti nomine pro recompenſa ad exæquanda Jura ſocietatis, ne alteri abſit aliquid, ex quo redderetur alter locupletior, conſequetur conjux dimidiam pretii partem quod in comparationem feudi impenſum eſt, *art. 25, Rub. 23, Patriæ ordinationis*, niſi de feudis communicandis expreſſim ſit interpoſita ſtipulatio, cujus virtute ſibi invicem obligantur conjuges, ad id quod cujuſque intereſt pacta conventa adimpleri; acturi tum in pretii præſentis dimidium, ut & dictum ſupra. Atque ita apparet connubiali hoc bonorum conſortio poſſe & mancipationem ſeu alienationem celebrari, & ſimul aliorum bonorum adſpectu perſonalem contrahi obligationem, adeoque reale ac perſonale negotium juxta geri : quod mirum non videbitur ei, qui in actu, qui communioni contrarius eſt (contraria autem contrariorum ſunt diſciplinæ, ut loquuntur Philoſophi) idem Juris eſſe animadverterit : cum nimirum diſſoluta ſocietate, inter hæredes conjugum, rerum initur diviſio : alienantur enim, tum accedunt hæredibus bona ejus duntaxat loci, ubi conſimiliter per actum diviſionis ipſo Jure fit mancipatio, citra ſolemnem traditionis interventum; cùm alibi conſtituta bona, ubi ſolemnis illa traditio requiritur, diviſione non alienentur, ſed eorum reſpectu perſonalis contrahatur obligatio, quâ ſe invicem compellant hæredes ad traditionem rite peragendam, vel ſi bona interim alienaverint, præſtent id quod alterius intereſt non alienata fuiſſe, quemadmodum & in omnibus familiæ erciſcundæ judiciis obtinet.

XV. Communione obtinente in loco contractûs, nec communicantur bona ejus loci ubi illa frequentatur.

Per contrarium ubi nulla bonorum viget communio, ſi matrimonio copulati ſint contrahentes, nec communicantur bona alterius loci ubi illa communio frequentabatur. Nam tum dicendum eſt contrahentes eo ipſo quod coïerunt in leges loci communionem reſpuentes, eandem nullibi contractam, ſed ubique excluſam eſſe voluiſſe. Secus ſi nominatim pacta, dictaque ſit à contrahentibus rerum communio, locum etiam tum habitura in regione quavis communionem ex ſolo matrimonii contractu agnoſcente, vel communionem quidem illam non inducente, ſed agnoſcente pactitiam. Utriuſque ſpeciei definitionem habes apud Mornacium, *ad l. exigere dotem ff. de judiciis*, & Charond. *en ſes Obſervations mémorab. in verb. Communauté*, adde Coſtal. *ad l. 65, ff. de judiciis*. Molin. *conſ. 25*. Tandem ut finiam, quod diximus in contrahendo matrimonio id voluiſſe contrahentes, quod volunt loci leges, ubi contractus eſt celebratus, cum aliter

De pacta eo loco communione.

fuiſſent pacti, niſi pro ſe credidiſſent paciſci legem, hactenùs verum eſt, ſi vel uxor in domicilium viri non ſit traducenda, vel maritus in uxoris domicilium ſedes decreverit collocare: tum namque locus contractûs propterea non venit attendendus, quia per deſtinationem in locis illis domicilii matrimonium contractum eſſe intelligitur: quibus faciunt tradita Burgund. *tract. 2, num. 11 & 12.* Hæc ita de rebus diſſeruimus immobilibus: mobilia enim quod attinet, cùm ſolemni iſti mancipationi non ſubjaceant, vel venire communione, vel non venire, pro lege pacti, quâ taciti, quâ expreſſi, nulla dubitatio eſt.

Creditoribus de prioritate contendentibus, cujus loci leges ſpectandæ.

Loquamur de ejuſmodi Lege aut Statuto, quo tribuitur mulieri hypotheca pro reſtitutione dotis in bonis mariti, quomodo ſe mores habent Antuerpiæ, & in iis Galliæ regionibus quæ Jure ſcripto reguntur, teſte Mornac. *ad Rubric. ff. de tributoria*, afficiatne ea bona ſita alibi, ubi Conſuetudo viget contraria? monendi hîc ſumus capere hanc hypothecam exordium ab ipſis matrimonii auſpiciis, licet dos, cujus ratione competit illa, ſoluto demùm matrimonio exigatur: de quo fuſe Mercurialis Merlina in ſpiſſo illo opere, *de Pignorib. & Hypoth. lib. 3, tit. 2, quæſt. 74*, & nos alibi pleniùs. Videamus igitur, utrùm legali hac hypotheca teneantur bona contrariæ legis territorio obnoxia. Chriſtinæus in affirmativam ſententiam judicata producit complura. *tit. 9, art. 4, n. 29, & ibi in Annot.* Quæ tamen an rectè ſe habeant, affirmare non auſim. Jus quippe in re ut naſcatur, quî poterit id præſtare alieni territorii lex? Conſtat moribus apud nos pervulgatis expreſſe hypothecæ conſtitutione, quâ generi, quâ ſpeciali, non affici res, niſi coram eo judicio, cui bona ſunt obnoxia, vel alio duntaxat modo, quam lex regionis, cui bona inhærent, indixerit. Quemadmodum in Hollandia ex decreto Ordinum bona generali hypothecæ obligantur coram quocunque Hollandiæ judicio, quamvis haud pleniſſimo cum effectu. Vid. Groenw. ad *l. 14, C. de oblig. & act.* Conſequenter nec tacita ſeu legalis hypotheca adſtringit bona alia, quàm quibus lex poterit imperare; ea nimirum, quæ Legiſlatoris territorio ſunt ſuppoſita, cujus ſolius loci legis eſt, tanquam Statuti realis, realem in rebus effectum producere, cum alterius Judicis auctoritas non efficiat hypothecam. Pergamus quærere ulteriùs, creditoribus de prælatione contendentibus quod Jus cujuſque loci oporteat inſpicere. Primum utamur vulgatâ DD. diſtinctione, quâ ſeparantur ea quæ litis formam concernunt ac ordinationem, ab iis, quæ deciſionem aut materiam. Lis ordinanda, ſecundùm morem loci, in quo ventilatur. Ut, ſi judicati exequendi cauſâ bona debitoris diſtrahantur, qui ſolvendo ſit, executio peragatur eo loci, ubi bona ſita ſunt, aut in cauſam judicati capiuntur. Sin ceſſerit foro debitor, aut propalam deſierit eſſe ſolvendo, ut iſti mobilium capioni, aut ulli omninò executioni non ſit ultra locus, factâ jam omnium creditorum conditione pari,

Ordinatoria litis unde legem accipiant.

Ubi ſuper prietitate diſputandum, ſi debitor non ſit ſolvendo.

diſputatio de privilegiis, aut concurſu creditorum veniat inſtituenda, ubi debitor habuerit domicilium. Unde cùm apud nos relictis fortunis ſolum vertiſſet debitor obæratus, ac res ejus ſitas in Hollandia venum proſcriberet curator, creditores Hollandi, apud Provinciæ ſuæ Curiam venditioni intercedentes, causâ ibidem ventilatâ, tulerunt repulſam: audito in eo curatore, quod apud nos ſuper univerſis debitoris facultatibus, adeoque & pretio ex venditione illa redigendo, ab uno eodemque Judice peragenda decidendaque ſit creditorum contentio: ex communi ſcribentium placito, Gaïl. *lib. 2, obſerv. 130, num. 13 & ſeq.* Mæv. *ad Jus Lubecenſ. lib. 3, tit. 1, art. 10, num. 51.* Ob manifeſtam quoque cauſæ continentiam, ne ſuper creditorum Jure à diverſis Judicibus diſſonæ ſententiæ pronuntientur. Hæc de litis ordinatoriis. Aliud fere à præcedentibus obtinere dixeris in ejuſdem deciſoriis: Jus enim creditorum ſuper prioritate in bonis debitoris demetiri oportet à loco, ubi diſtracta bona ſita ſunt, vel eſſe intelliguntur. Et quidem de mobilibus ſi quæratur, cùm ſemper ibi eſſe exiſtimentur, ubi creditor fovet domicilium, cujus oſſibus vagæ hæ res intelliguntur adhærere, utique ex lege ejuſdem domicilii diſcutienda cauſa creditorum eſt. Judicatum habes apud Carpzov. *pract. conſt. part. 1, conſt. 28, defin. 9*, quod laudat Mæv. *ad Jus Lubecenſ. lib. 3, tit. 1, art. 11, num. 26.* Unde rectè dixit Burgund. *tract. 2, num. 21*, quodcunque Judex domicilii de mobilibus ſtatuerit, ubique locorum obtinere. Hæc ita niſi forſan executio directa ſit in ejus debitoris mobilia, qui adhuc in poſſeſſione ſuorum bonorum ſit, feret enim tum creditor diligentiæ ac vigilantiæ ſuæ præmium, ſi quod eo nomine loci mores, ubi in cauſam judicati ceperit mobilia, præ aliis creditoribus ipſi indulſerint; quod privilegium illud non tam proficiſcatur ex credito, quàm ex actu ipſo executionis, quâ alios creditor prævertit, adeoque hæc res tanquam concernens exequendi ordinem, legem accipiat à loco ubi illa peragitur, ac præterea pignus illud judiciale ita conſtituens Judex in bonis, apud ſe in cauſam judicati captis, dicitur ſupplere vicem debitoris; ut perinde res habeatur, ac ſi ipſe debitor bona illa eo loci pignori tradidiſſet, *l. 2, C. ſi in cauſam judicati.* Hæc ita ſi in uno loco debitoris ſit domicilium. Quid autem de eo dicendum, qui habuerit illud alio atque alio loco, ſinguliſque locis ſua poſita mobilia? Regentur illa ſuâ cujuſque domicilii lege; unde & in ſuccedendi cauſa leges accipere mobilia, alibi à nobis traditum eſt. Vid. Burgund. *d. tract. 2, num. 22.* Quid autem ſi quis pluribus locis ex æquo negotietur? Rectè ibidem traditum eſt à Burgundo ita demùm mobilia dirigi loci alterutrius Statutis, ſi & utrobique inſtruxerit domicilium. Nec movet, quod proditum ſit eum quí non Jure domicilii tabernulam vel pergulam conduxit, ibique diſtraxit, defendere ſe eo loci debere, *l. 19, §. 2, in fin. ff. de judic.* Aliud namque compellere debitorem

In mobilibus, ſpectandum domicilium debitoris.

De eo qui plura habet domicilia.

Qui foris negotiatur.

debitorem ad certo loco litigandum : aliud tribuere privilegium in bonis ejus inter creditores. Quid! debitor in loco contractûs ſolutionis, ſi ibi reperiatur, cauſam jubetur dicere. Quid! moribus noſtris judicium cogitur excipere, ubicunque locorum perſona ejus vel bona præcluduntur arreſto : dicemuſne propterea à locis iis omnibus mobilia leges ac Jura accipere? tertii præſertim reſpectu; cùm debitor, qui forum contraxit, ſemetipſum duntaxat adſtrinxerit; privilegia autem vergunt in præjudicium creditorum aliorum; qui & ſuum non minus domicilium, ubi ſecum contractum eſt, quàm aliorum ſpectari debere, haud dubie ſint cauſaturi. Quare res ipſa monet in hac locorum ac jurium variatione, unum certumque debere conſtitui locum, ad cujus leges mobilia componantur. Quò ecquis alius convenientior, quàm domicilii ejus, cujus mobilia ſunt, & ubi intelliguntur exiſtere, adeoque cujus loci Judici poteſtas & privilegium in iis tribuere? quemadmodum & defuncto domino, ſi de ſucceſſione eorum ipſorum mobilium controverſia exoriatur inter hæredes ejus loci, ubi pergulam habuerit defunctus, ac inter eos qui legibus domicilii defuncti Jus ſuum tuentur, non aliam ob rationem poſteriorum cauſa potior erit, quàm quod mobilia illa regantur legeſque accipiant ab uno domicilii loco. De eo controvertitur. Contingit Mercatoribus diverſis in locis diverſas ſibi tabernas aut negotiationes habere. Hinc quæſitum, an qui in uno loco credidit, in alterius loci mercibus venire valeat in tributum? Sunt qui creditores confundendos negent, ſed eos ſeparatim vocando in tributum, ſingulorum locorum merces ſuis cedere velint creditoribus, & ſi quid in uno loco ſuperſit, id cæteris prodeſſe : eo quod merci potiùs, quàm perſonæ creditum intelligatur, argumento *l. 5, §. 15, ff. de tributor. action.* Vide Laudatos à Mæv. *lib. 3, tit. 1, art. 10, num. 56 & ſeq.* Contra pro tributione ſtat Cardinalis Mantica, *de Tacit. & Ambig. lib. 11, tit. 23, num. 32 & ſeq.* cujus opinionem vix eſt ut improbaveris. Æs enim alienum non unius loci, ſed univerſarum facultatum eſt, *l. ſi fideicommiſſum §. tractatum ff. de judiciis*, ut creditores dicendi ſint habuiſſe reſpectum ad univerſum patrimonium, in pluribus licet Provinciis diſtributum. Et certe, cùm non perſonæ, quæ individua eſt, ſed rei creditum id eſſe Doctores contendant, cur igitur, dimiſſis unius loci creditoribus, ad id quod ſupereſt, admiſſum eunt creditores loci alterius? Adducta autem *l. 5*, de ſervo loquitur, ad liberos homines non producenda. Vid. Mantic. *dicto loc.* & Groenewegen. *ad d. l. 5.* Hæc ita convenienter legibus videor diſputare. Cæterùm tamen intuitu mercaturæ, cujus ergo multa ſingularia introducta paſſim, non deerunt forſan, qui priori ſententiæ adhæſerint; in quam & Antuerpiæ ſcripta Lex eſt, *refer.* Groenew. *d. loc.* de quo loco conſuluit Wameſ. *cent. 4, conſil. 64.* Fac foris contractum celebratum, ubi per mores ejuſdem loci Jus prælationis inter chiro-

De eo qui diverſis locis tabernas habet.

Privilegia inter creditores dantur

à Judice ubi bona sunt, aut esse intelliguntur.

grapharios competit, locus videri posset attendendus esse contractæ obligationis : eo quod obligationes dirigi soleant à loco ubi contrahuntur. Et hisce simile quiddam ex Deciano profert Mascard. *de Statut. concl. 7, num. 80.* Verùm non esse respiciendum locum contractûs vero proprius est : utpote qui eo duntaxat pertineat, quo vel arctiùs, vel remissiùs ex contractu suo teneatur ipse debitor, adeoque spectetur quoad ipsos contrahentes, qud eo ipso quod alio in loco contractum celebrent, ad ejusdem leges, formam, vinculum, modum, conditionem, totam denique negotii naturam, sui respectu, componunt. Cæterùm si qui non ab actu hominis, sed à potestate legis proficiscitur, cujusmodi sunt prælationis privilegia omnia, dicendum est vim Legislatoris nullam esse in bona sibi non subjecta tertii respectu, seu creditorum aliorum, qui inibi nullum gesserint negotium, nec legibus loci istius se submiserint. Ad hæc constat privilegiis istis non agi in debitoris personam, utpote quæ in res directa, locum habeant inter creditores. Ecquid autem Juris est alieno Judici circa res sibi non suppositas, dispendio tertii qui apud se non contraxit? Nec est quod retorserit creditor suum non minus spectari oportere, atque debitoris domicilium. Constat quippe qui cum alio contrahit, non esse vel debere esse conditionis ejus ignarum. Ut nihil imputetur ei, qui in mobilibus à loco domicilii debitoris sua mensus est privilegia, ad quem locum palam est mobilia pertinere : cùm culpâ non vacent alii, qui privilegium sibi assumpserint à potestate Legislatoris alieni, cui de mobilibus disponendi nullum Jus est. Nec aliud de eo debitore dicendum est, qui in loco illo privilegii domicilium foverit tempore celebrati contractûs : quamvis enim videri possit Jus illud prælationis, creditori per leges loci domicilii in rebus mobilibus legitime quæsitum, subsecutâ domicilii mutatione non debere amitti; mobilia tamen, in quibus prioris domicilii lege tenuit prælationis privilegium, traductis aliò domesticis laribus, traducuntur quoque in leges novi domicilii, eâque lege administrantur : mutatione enim domicilii mutatur & mobilium conditio eorum quæ in manum aliis tradita non sunt, etiam dispendio tertii : quo argumento, alia quanquam in specie, usus est Senatus Parisiensis, apud Chopin. *ad leges Paris. lib. 2, tit. 1, num. 5,* & huc spectat quod Burgundus, *d. num. 21,* tradit, mobilia sequi personam, hoc est (inquit) in domicilio ejus existere, & non aliter quàm cum domicilio transferri. Tandem ut ad immobilia transeam. Fac Jus tacitæ, seu legalis hypothecæ non obtinere idem in loco rei sitæ, quod obtinet in loco domicilii debitoris, dicendum frustra esse creditorem, qui hujusmodi hypothecæ obtentu prioritatem sibi asseruerit : cum æque atque expressim facto hominis, coram uno judicio, hypothecæ nexu devinciri nequeunt alterius territorii bona, ita nec legis ullius potestas est afficere prædia extera : quod Sta-

Si mutaverit debitor aliò domicilium ubi privilegio locus non est.

Quod Jus spectandum quoad immobilia.

tuta realia territorium non egrediantur, ut supra tractatum est. Ita si Hollandus, cui generaliter bona debitoris coram quocunque Hollandiæ judicio, hypothecæ data sunt, apud nos cum reliquis creditoribus experiatur de prælatione, profutura erit ei hypotheca in bonis, in quacunque Hollandiæ parte, extra districtum Amstelodamensem, sitis; non autem in bonis suppositis territorio nostratium, quibus nulla subsistit hypothecæ datio, nisi pacta coram judice rei sitæ. Contra cùm apud Hollandos hypotheca generalis extinguatur alienatione, non juvabitur creditor moribus nostris, quibus res ita obligata ad emptores transit cum suo onere. Consimiliter si teneat alibi Consuetudo, ut in bonis debitoris concurrant creditores, nullâ habitâ ratione hypothecarum: quale Statutum profert Florentinum Stracha, *de Decoctor. part. 4, num. 8, & 23.* Lucanum, *Altograd. consil. 95, num. 4.* Ex lege loci rei sitæ dirimenda creditorum contentio.

XVII. Cujus loci leges spectandæ in feudis.

Hactenùs de bonis quæsivimus allodialibus. Unum videamus de feudis. Vulgatissima quæstio est. Utrius loci leges inspici conveniat, loci ne servientis, an Curiæ dominantis. Non quæro de legibus politiam, seu civilem administrationem respicientibus. Illud quæro, in succedendi, retractûs, aliove Jure, cujus loci ratio sit habenda. In eam sententiam communiter itum est, à loco serviente leges ac modum feuda accipere. Doctores in unum contulit Wamesius. *cent. 5, cons. 15, num. 3 & 4.* Verùm à receptissima opinione divortium fecêre duo præclara Jurisconsultorum ingenia, Burgund. *ad leges Flandriæ, tract. 7,* & Frederic. à Sand. *ad Consuetud. feudales Geldriæ, tract. 3, cap. 5, num. 11 & seq.* qui Jura respici volunt Curiæ dominantis. Operæ pretium est videre num divortii faciendi causam satis gravem habuerint. Suam uterque sententiam eo fulciunt argumento, quod leges feudales oporteat metiri à providentia patroni, ut quascunque ille leges in feudi concessione dixerit, eæ à vasallis sint custodiendæ, sine loci alterius consideratione, adeoque quoties instrumenta investituræ, ejus quod quæritur, non meminerint, recurri oportere ad Jura loci dominantis; quod cogitationem videatur direxisse dominus ad suæ Curiæ Statuta, ubi & præstationem, seu investituram voluit intervenire, ut id ipsum tacite inter partes habeatur actum. Verùm rationes illorum tanti mihi non sunt, ut à communi scribentium opinione recesserim. Illud quidem annuerim à concessione seu providentia patroni feudi leges dependere, ut quam patronus succedendi legem in feudi constitutione dixerit, ea pro lege sit servanda, adeoque non sint audiendi Jurisconsulti illi, quorum responsum extat.... *consil. 95, num. 2,* putantes in potestate domini non esse feudum sui territorii legibus, in succedendi causa subducere, & ad Jura componere loci alterius. Quid enim notius quàm feuda ad posteros deferri ex lege investituræ, cui succedendi modus fere inseritur: unde illa vulgata; feudum ex

pacto & providentia majorum, feudum pro se & descendentibus, pro masculis, neglectis fœminis, & si qua ejus farinæ plura sunt, ad vivum fere à Doctoribus resecata. Ante omnia namque sequimur quod inter contrahentes sit actum, tenore investituræ naturam feudi formante, ut loquitur Wamesl. *cent. 5, conf. 2, num. 3*, deque eo fere constat inter omnes. Burgundus, *d. tract.* Grotius, *in manuduct. lib. 2, part. 41. num. 8*, & ibi Groenew. Frederic. à Sand. *ad Consuet. feudales Geldriæ d. loco ubi quæstionem agitatam definit.* Et certe quid mirum rei suæ traditioni legem à domino adjici quam voluerit, cùm & pactis dotalibus ordo succedendi introducatur alius ab eo, quem fert locus rei sitæ; & cujusvis hominis testamentaria provisio, vel in plures gradus porrecta, tollat provisionem legis. Verùm deficiente jam in aliquo dominicæ providentiæ lege, non putaverim dominum ad locum respexisse Curiæ dominantis, sed eam potiùs duxerim conjecturam, quod non expressit dominus, id eum suis liquisse legibus, adeoque si ad modum succedendi sollicitudinem suam non protulerit, nihil in eo pristini Juris voluisse immutatum, ac consequenter cum tempore abdicati à domino fundi regeretur prædium sui territorii lege, utique quod mutatum non est, cur stare prohiberetur? Quemadmodum enim lege novâ latâ, cætera de quibus cautum nihil est, manent in suo statu, ita non minùs feuda, si de nova aliqua lege, vel conditione non appareat, dicenda sunt relicta esse veteris sui Juris dispositioni, nullo prorsus mutato, de quo per tenorem investitutæ aliter non sit provisum : cujusmodi argumentandi ratio à lege ad pactum Juris, interpretibus probatissima est. Itaque quâ ratione singulare in retractu consanguineorum esse autumat Fredericus à Sande, ut à loco serviente legem accipiant fundi clientelares; propterea quod de retractu inter dominum & vasallum nihil adeo actum esse videatur, aut cogitatum, ego illud de unoquoque eo, quod vel expresse, vel tacite investituræ non insit, asseruerim, adeoque concluserim de non cogitatis à domino, sequi oportere Jura, quæ priùs obtinuissent. Obiter tamen eo nomine notandus hic Fredericus à Sande, quod in ditione nostrate in rebus mancipi juxtà ac feudalibus, Jus retractûs proximis cognatis assertum iverit, cùm tamen gentilitius ille contractus non frequentetur apud Ultrajectinos : vel sicubi forsan eo Jure gaudeant consanguinei, de quo mihi nihil hactenùs innotuit, non esset tamen rationis, unius portiunculæ ergo, Jus illud Provinciæ adscribere in universum. Paulò itaque inconsideratiùs hoc excidisse viro docto visus sum debuisse notare, ne tradita ejus de more nostrate, transmittendo silentio, videar approbasse. Quid igitur respondendum de quæstionibus feudalibus ventilandis in Curia dominante, adeoque de modo procedendi, quem constat exigi secundùm Consuetudinem illius curiæ? Verùm illud ipsum inter partes actum esse, vel ex

eo apparet, quod Curiam ſibi dominus conſtituerit; cujus Curiæ erectio quorſum ſpectat aliter, quàm ut in illa de feudalibus quæſtionibus litigaretur, & judiciales feudi traditiones perage-rentur. Porrò vulgatum eſt contextum litis ordinari more loci, ubi illa decurrit. Tandem quod ad feudalia onera attinet, non alia fere hodiè apud nos frequentantur, quàm quæ conſiſtunt in certa quantitate domino perſolvenda, ſingularum inveſtiturarum nomine: officiorum enim militarium jam pridem vaſallis facta gratia eſt. Unde & Sandeo feuda Trajectenſia franca audiunt, *ad Conſuetud. Geldriæ, tract. 2, tit. 1, cap. 2, num. 19.* De Hollandicis, vide Grotium in ſua manuductione. Fidelitatis tamen jusjurandum apud nos Hollandoſque præſtat vaſallus. Non longe digrediar à via, ſi hiſce attexam terminatam nuperrime à Curia noſtra cauſam ejus, qui cum pagi ſui Juriſdictione, clientelæ Jure, Ordinibus noſtratibus obnoxiâ, prave eſſet abuſus in vexationem eorum qui pagum incolerent, propoſitiſque edictis falſis juxtà ac inſulſiſſimis in eadem graſſaretur, per curiæ ſententiam Juriſdictione illâ, quandiu vixiſſet, fuit depoſitus. Quem vulgatum privandæ Juriſdictionis, ob abuſum, modum, è medio Jure civili promptum putat Chopin. *ad leges Andeg. lib. 2, titul. 2, num. 3.* Placuit Curiæ mulctari dominum exercitio Juriſdictionis, non ipsâ Juriſdictione, ut culpa ſuos teneret auctores, non ad liberos pertingeret inſontes. Cùm enim feuda hodie, mutatâ multum priſtinâ formâ, redacta fere ſint ad inſtar allodialium, ut perinde ac res mancipi ſint in commercio, magnoque ſæpenumerò comparata pretio potiſſimam partem facultatum conſtituant; aliter atque illa beneficia, quæ à mera Principis profecta liberalitate, invito eo non conferuntur in alium, confiſcationis cujuſdam ſpeciem obtineret, ſi ea domino committerentur in perpetuum, adeoque æquiſſimum exiſtimatum eſt mediam eligere viam, ut ad vitæ tempus exercitio Juriſdictionis privaretur ille qui ſubditos vexaſſet, Juriſdictione verò ipsâ, tanquam re, quæ ſit in patrimonio vel commercio, non item. Quorſum ſpectat perpulchra illa Imperatoris ad Judices admonitio, *Novel. 17, de Mandat. princip.* Oportet (inquit) Judices in hoc omnem ponere providentiam, cùm aliquis dignus apparuerit pœnâ, illum quidem punire, res autem ejus non contingere, ſed ſinere eas generi aut legi, & ſecundùm illum ordinem: non enim res ſunt quæ delinquunt, ſed qui res poſſide..t. Maxime Senatum moverunt complura Gallorum judicata, quibus itidem duriùs viſum fuit commiſſæ Juriſdictionis clientelaris pœnam, ultra vitam vaſalli delinquentis producere. Exſtant apud Chopin. *ad Conſuet. Andeg. lib. 2, tit. 4, num. 4.* Tholoſan. *in Syntagm. lib. 6, cap. 20, num. 19.* Charond. *lib. 2, reſp. 16.* Papon. *lib. 8, tit. 3, Arreſt. penult.* & *lib. 13, tit. 1, art. 13.* Sed è diverticulo in viam. Si de pecuniariis ejuſmodi oneribus quæratur, ea præſtanda venit ſumma quæ dari conſuevit: optima enim

cujuſque actûs interpres ſubſecuta obſervantia eſt: quamvis hodie tenor inveſtituræ ſummam fere ſoleat exprimere; vel ſi forſan ex profeſſione de modo, vel quantitate non conſtet, putaverim eam à cæteris ejuſdem Curiæ feudis dimetiendam eſſe, & ſi ibidem inter vaſallos onera inæqualia ſint, rem redegerim ad leviora: in dubio enim fere ſequimur id quod minimum eſt, ſed hoc poſterius rariſſimæ eſt incurſionis: quare diutiùs ei non immoror, ea traditurus quæ frequenter accidunt, & in quotidianis rerum obtinent argumentis.

# TITULI SECUNDI PARS ALTERA.

## *De Jure quod oritur ex Statutorum diverſitate mutato domicilio.*

## CAPUT PRIMUM.

### *De diverſitate Juris circa Statuta perſonalia.*

### SUMMARIUM.

I. *Si conjuges eo ex loco, ubi uxor in poteſtate viri eſt, demigraverint aliò, ubi non eſt, & è converſo.*
II. *An maritus Jus habeat mutandi domicilii in diſpendium uxoris?*
III. *Si maritus uxorem abducat in Hollandiam, liberalitatis eblandiendæ ergo.*
IV. *Ultrajectinus vigeſimo anno major ſi traduxerit domicilium in Hollandiam, ubi vigeſimo quinto terminatur minor ætas, rurſùſne evadet minor, aut curatorem habebit iterùm?*
V. *Per contrarium, ſi Ultrajectum concedat Hollandus vigeſimum jam annum egreſſus, an efficietur major?*
VI. *Quatenùs tutor Jus habeat transferendi domicilii.*

DIVISUS à me præſens Tractatus eſt in claſſes tres, primaque excuſſi ea Jura, quæ Statutorum excitaverit diverſitas, immoto manente perſonarum domicilio. Non rarò autem contingit illud mutari, ut conjuges demigrent aliò. Unde cùm ſuæ propriæque exſurgant controverſiæ, non male quoque iis ſuam, ſecundamque hic claſſem aſſignavero, quâ id Juris complectar, quod, non niſi per domicilii tranſlationem, eadem illa Statutorum cauſatur diſcrepantia. Exſequar autem hæc paulò ſtrictiùs, quod in una alteraque quæſtione ſi manifeſta fiat deci-

dendi ratio, proclive futurum ſit per ſimilia procedendo, ad eandem normam cætera exigere. Ibo per ordinem eundem, quò priori in claſſe inceſſi, ut ſumpto primum à perſonalibus ſtatutis exemplo, dilabar deinde ad realia. Fac igitur virum, qui per loci leges, ubi degit, uxorem habeat in poteſtate, collocare domicilium aliò ubi in poteſtate virorum uxores non ſunt; vel vice versâ. Dicendumne erit induere uxorem poteſtatem, quâ priùs liberata, & exuere, cui alligata erat? In affirmativam ſententiam deduci videmur per tradita Burgund. *d. tract. 2, num. 7.* Et recte: perſonæ enim ſtatus & conditio cùm tota regatur à legibus loci, cui illa ſeſe per domicilium ſubdiderit, utique mutato domicilio, mutari & neceſſe eſt perſonæ conditionem. Cùm ex iis quæ jam diſputo, appareat ſedis mutationem poſſe aliquando mulieri eſſe fraudi, inciderit forſan alicui quærere, aliò cogitantem maritum, num diſtricte uxor teneatur ſequi. Verum obiter ille hoc ſibi ferat reſponſum. Palam eſt DD. uno ore omnes ſtare à partibus ſuis, hoc eſt maritorum, eorum accipe, qui non ſint vagabundi: quanquam non deſint, qui & in eo ſecundùm maritos reſpondeant. Vid. *allegat. à Groenewegen ad titul. C. de bonis damnat.* Et reſponſum memini viro rus habitatum abducere uxorem paranti, quod illa videretur ſibi virorum conſortia frequentiùs paulò, aut familiariùs appetere, quam neceſſe eſſet probæ, ac ea ſe urbe ceſſuram pernegaret, Jure optimo refractariam cogi poſſe, ut virum comitetur. Verumtamen in noſtra ſpecie ſi ob id ipſum migrationi intercedat uxor, ne ea res ſibi ſit fraudi. Ut ſi Ultrajectinus uxorem, cùm per legem domicilii perſonæ conjugum donationis inter ſeſe incapaces eſſent, traducere conetur in Hollandiam, ut donationes vel eblandiatur ei, vel extorqueat; vereor ut non uxor foret audienda. In tantum autem uxorem virum ſequi teneri cenſuerunt apud nos Curiæ Senatores, ut cum uxor binuba, viro rus concedente, remanſiſſet in urbe, multos exinde annos ſeorſim à viro ſuâ vivens quadrâ, unà cum liberis è priore matrimonio procreatis; ac contendiſſet propterea, non teneri ſe quaterna præſtare millia florenorum, quæ pactis antenuptialibus pro ſe ac liberis ſuis promiſiſſet collaturam in matrimonium, æquum putans ex eo quod onus alendi ſe liberoſque non ſuſtinuiſſet maritus, lucrari eum non debere quod expreſſim ob cauſam illius oneris eſſet promiſſum; illa quidem fuerit pro liberis audita, pro ſemetipſa verò tulerit repulſam, quod per eandem ſtetiſſet, quominus aleretur à viro, adeoque de ſe queri, non de viro debuiſſe: cùm incommodos mariti mores, quos cauſabatur illa, non probaſſet ſufficienter, ac præterea toto poſt quadriennio, quam ſe male habitam à viro quereretur, cùm eo egiſſet unà, adeoque videri cum eodem, ſi qua ſimultas interceſſiſſet, rediiſſe in gratiam; ſerò enim accuſabat mores, quos connivendo probaverat. Poſtmodum eâdem illâ criminatione rurſus uſa mulier, cùm ad thori ac menſæ egiſſet ſeparationem, Curia intuens gliſcere

Si conjuges ex loco ubi uxor in poteſtate viri eſt, demigraverint aliò ubi non eſt, & è converſo.

IV. Si maritus uxorem abducat in Hollandiam liberalitatis eblandiendæ ergo.

Mulier ſeorſim habitans à viro, tenetur tamen ad id, quod pro ſui exhibitione promiſerat ſe collaturam in matrimonium.

gliſcere in dies partium odia, inimicitiaſque tantum non capitales, lite de maxima bonorum parte inter eas intercedente, quando ſeparandos conjuges, nec cautioni locum eſſe communiter placuit, Farinac. *de Delict. carnis quæſt. 143, tit. 16, num. 144.* Covarruv. *de matrimon. part. 2, cap. 7, §. 5, num. 2, in fin.* Sanchez, *de matrimon. lib. 10, tit. de Divort. diſp. 18, num. 33*, elapſo quoque tum toto triennio à die ſupracitatæ ſententiæ, ut jam concordiæ ſpes omninò decollaſſet, diætam conjugum ſeparavit, mulierem à tempore litis conteſtatæ liberam declarans à præſtatione illius ſummæ, quam pro ſui exhibitione contulerat in matrimonium. Sententiam poſteriorem tulit Curia hoc ipſo anno 1652, in ejus initio.

Lite ſuper maxima bonorum parte conjuges inter pendente, ſeparationi locus eſt.

Perſonalium Statutorum exemplum habuimus à ſtatu petitum conjugali; habeamus & deſumptum à conditione minorennium: ſuper qua non illepida erit, quæ moveatur quæſtio. Vigeſimo anno terminatur apud nos major ætas, in Hollandia vigeſimo demùm quinto. Fac Ultrajectinum jam viginti annos habentem demigrare in Hollandiam, ſupponeturne rursùs tutelæ, quâ ſemel apud nos erat ſolutus, adeoque altèrius denuò conſtituetur Juris, qui ſui jam evaſerat? ſpeciem abſurditatis præ ſe ferre res videtur. Dicendum tamen eſt, cùm perſonæ conditionem à cauſa domicilii conſtet regi totam, de ſe queri, ſibique id imputare debere eum, qui alterius territorii legibus ſtatum ſuum ac conditionem ſubmiſerit: nec minùs abſurdum fore inter cæteros omnes loci incolas, qui tutelæ agunt ſuppoſiti, unum illum ſui Juris ambulare, & exlegem ſolum vivere. Mecum viſus eſt ſentire Burgundus loco modo laudato; ubi cùm tradit inſpiciendam eſſe domicilii legem, ut ſciamus quâ ætate contrahat minor, mox hæc ſubjicit. Conſequenter dicemus ſi mutarit domicilium perſona, novi domicilii conditionem induere. Nec officit quod ſemel extincta non dicantur reviviſcere; illud namque tum obtinet, cùm quis mutati ſtatûs cauſam ipſemet non præbuerit; hic enim qui ſuo facto domicilium mutat, fruſtra deprecatur curam, quâ tenetur quivis, novo domicilio ſuppoſitus. Horum omnium & hic erit effectus, ut quodcunque negotii ibi ſine curatore geſſerit, tanquam profectum à minore, habeatur irritum.

V. Ultrajectinus vigeſimo anno major ſi traduxerit domicilium in Hollandiam, ubi vigeſimo quinto terminatur minor ætas, rurſuſne valet minor?

Quæramus & illud quod frequentioris eſt incurſionis: Hollandus major viginti, minor viginti quinque annis transfert domicilium Ultrajectum, ubi vigeſimo anno tutela vel cura finitur. Quid dicemus perventurum illum ſuam in tutelam? Reſpondi ex facto conſultus minori hodie conſtituendi domicilii, facultatem non eſſe, tutori eſſe; qui ut contrahere, ita & domicilium poteſt conſtituere, quod collocetur illud per contractum, de quo mox latiùs. Proinde in propoſita mihi ſpecie, cùm mater, quæ tutrix eſſet, mutato à morte viri domicilio, Ultrajectum conceſſiſſet, ibique infans adoleviſſet: dixi ex Ultrajectinis legibus æſtimandos perfectæ ætatis annos; dummodo fraus abſit, aut

VI. Per contrarium ſi Ultrajectum conceſſerat Hollandus vigeſimum jam annum egreſſus, an efficietur major.

Quatenus tutor Jus habeat transferendi domicilii.

præjudicium tertii, extra quod vix eſt ut non dixeris tutori, maximè matri, locum ad habitandum, pupillumque educandum, eligendi Jus eſſe, illudque ipſum dubii veriti Batavi Juriſconſulti tutori agnato auctores fuerunt, ut ſtipularetur à matre illa, cùm cogitaret ex Hollandia concedere Trajectum, ne ea res infantis adſpectu ullo modo domicilii mutationem induceret; quanquam fateor, ſi quid hoc ad rem pertinet, poſitâ hâc ſententiâ, in poteſtate tutoris fore, tutelâ ſemet ociùs exuere, niſi tum potiùs ſuper fraude quærendum foret.

# CAPUT II.

## *De Juris diverſitate circa Statuta mere realia, mutato domicilio.*

## SUMMARIUM.

I. *Mutato domicilio, mutari unà Jus nobis ſuccedendi ab inteſtato.*
II. *Patre filium, mortuâ matre, ſecum habitatum deducente ex Hollandia Ultrajectum, an ſuccedatur filio ex ditionis hujus, an illius legibus.*
III. *Quid ſi animo intervertendi alios hæreditate, inſtituatur illa ſedis mutatio.*

NUNC realium Statutorum exempla mutato domicilio, quemadmodum tractari conveniat, deinceps videndum eſt. Et primò de iis agamus, quæ mere realia ſunt, ut nullus perſonæ actus veniat in partem: cujuſmodi diximus ea Jura eſſe, quæ de ſuccedendi modo ac ordine lata ſunt. Jus rebus ſuccedendi immobilibus, ſemper à loco rei ſitæ metiendum, huc non pertinet; ſuccedendi mobilibus pertinet; quod ea certo loco non circumſcripta, comitentur perſonam, à domicilio ejus accipientia leges. Itaque, ut exemplo utar, ſi Hollandiæ incola Ultrajectum concedat habitatum, mutato domicilio, mutat & hæredes ſibi ab inteſtato ſucceſſuros; ut ſi eam Hollandiæ partem incoluerit, per cujus leges excluſis parentibus ad hæreditatem vocantur fratres ac ſorores; aut nepotes ex fratre Jure repræſentationis concurrunt cùm alterius fratris filiis, ex novi illius domicilii legibus tranſmittet hæreditatem ad parentes; aut hæredes habebit fratrum filios, non admiſſis iis, qui gradûs ſunt remotioris. Non alienum hîc erit quæſtionem excutere, quæ tractata nuper apud nos in Curia eſt. Defunctâ uxore, ſuſceptâque ex eadem prole, dimigrat Ultrajectum conjux ſuperſtes, ubi puer aliquot annos apud patrem educatus, conceſſit in fato. Ex Hollandorum moribus hæreditatem ſibi vindicabant maternæ lineæ hæredes. Noſtratium legibus innixus contra nitebatur pater. Cardo quæſtionis in eo verti videbatur, utro in loco dicendus ſit puer habuiſſe domicilium, ubi mater defuncta eſt, an ubi vivere proles deſiiſſet? Primò illud ſatis videbatur expeditum, cùm ineundi contractûs facultatem non habuerit filiolus, nec potuiſſe eundem contrahere domicilium. Unde minori domicilii conſtituendi facultatem non eſſe eleganter adſtruxit Mornac. *ad tit. C. ubi de hæreditate aga-*

I. Mutato domicilio mutari unà Jus nobis ſuccedendi ab inteſtato.

II. Si Pater filium mortuâ matre ſecum ex Hollandia habitatum deduxerit Ultrajectum, an ſuccedatur ei ex legibus ditionis hujus, an illius.

*tur.* Verùm cùm tutor pupilli nomine contrahat, illene domicilium pupillo conſtituere poſſit, videamus? Et magis eſt eum poſſe: cùm nullibi tutoribus interdicta ſit hæc contrahendi ſpecies. Quare rectè à Burgundo laudatur Bartolus, ibi pupillum ſentiens habere domicilium, ubi cum tutoribus, ſive aliter habitaverit. *Tract. 2, circa finem.* Quod tamen ita rectè temperaverim, ſi fraudis, aut doli nulla concurrat ſuſpicio. Quid enim ſi domicilium tutor eo mutaverit animo, quo ſucceſſuros alioqui pupillo hæredes interverteret hæreditate, aut in ſemetipſum intereuntis, aut valetudinarii minoris bona derivaret, cujus rei veritas per conjecturas & ſuſpiciones quæritur: quemadmodum & in omni fraudis materia ex communi ſcribentium placito fieri admittitur. Doctores recenſet Wameſ. *centur. 5*, ut & Mantica, *de Conject. ultimar. lib. 10, tit. 4, num. 9.* Utique ſpectandus veniet locus, ubi parentes defecerint; non tutoris, ubi minor ſit defunctus. Et de hujuſmodi minore eſt, quod agere videtur Mornacius loco ſupra laudato. Proinde cùm in propoſito, impleto conductionis tempore, fundo, quo ex locato in Hollandia fruebatur patet, juſſus eſſet decedere, ac ei ſuus apud nos eſſet fundus, quem coleret, nec aliter conſtaret, quin puer vivus ſemper valenſque complurium annorum ætatem exegiſſet in ditione noſtrate, non videbatur fraus à patre nexa eſſe maternæ lineæ hæredibus, ac conſequenter cenſebatur pupillus domicilium habuiſſe apud nos, ubi cum patre, eodemquem tutore, non contradicentibus tutoribus aliis, moriens habitaſſet.

III. Quid ſi animo intervertendi alios hæreditate inſtituatur illa ſedis mutatio?

# CAPUT III.

## *De Juris diverſitate circa actus, & quidem ratione ſolemnitatis.*

## SUMMARIUM.

I. *Domicilii mutatio, Juris diverſitatem in ſolemnitate actûs ſemel celebrati non inducit.*

II. *Quid ſi priore in domicilio Jure ſingulari, non communi facta ſit teſtatio?*

HÆc de Statutis mere realibus, quibus nullus intervenit actus hominis. Progrediamur ad ea, quibus intercurrit. Duum generum illa eſſe diximus, eorum quæ formam, aut ſolemnitatem diſpoſitionis concernunt, & quæ materiam. De Statutis prioribus non eſt quod agamus fuſe; rem enim, per ſe ſatis planam, pauciſſimis hoc capite perſtringemus, ſequenti, quod actûs materiam reſpiciat, immoraturi diutiùs. Et quidem loci hujus definitio dependet ab iis quæ ſupra hoc titulo Parte primâ, Capite tertio fuſe à me diſputata ſunt, in actûs nimirum cujuſque ſolemnitate ſpectari locum, ubi is conficitur; ut maxime in loco domicilii, vel rei ſitæ ſolemnitas deſideraretur alia; quæ ſi hîc repetiero, plane actum viderer agere. Quid igitur, num domicilii mutatio hîc ullam induxerit mutationem Juris? Nullam omninò. Cùm enim foris celebrare liceat actum, ſecundùm loci illius exteri morem, non deſiturum valere, etiam cùm domum fueris reverſus, ut & adſtruximus ſupra. Utique & perdurabit ille actus quem in loco confeceris domicilii, eo licet poſt mutato; quorſum non male traxeris argumentationem Peck. *de teſtament. lib. 4, cap. 25.* Unde illud dicendum eſt, Hollandi teſtamentum, domi conditum, & poſtea tranſmigrantis & morientis Ultrajecti, ſubſiſtere non deſinere, etiamſi licentiæ literæ, apud nos frequentatæ, obtentæ non fuerint: eo quod ad ſolemnitatem pertineat earumdem impetratio; ut diximus alibi. Atque hæc ita haud dubie in teſtamentis obtinent non privilegiatis. Aliudne dicendum in iis quæ privilegiata ſunt? non videtur: fac enim à ruſtico ruri conditum teſtamentum, coram teſtibus quinque, juxta *l. ult. C. de teſtamentis*, & eundem poſtea tranſmigrare in urbem, ubi Jure communi fit teſtatio, utique non corruet, ſed firma permanebit diſpoſitio; quod novum non ſit,

I. Domicilii mutatio, Juris diverſitatem in ſolemnitate actûs ante celebrati, non inducit.

II. *Quid ſi priori in domicilio Jure ſingulari, non communi facta ſit teſtatio?*

ut ea, quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licet ille caſus exſtiterit, à quo initium capere non potuerunt, *l. 85*, §. *1*, *reg. jur.* Quæ de teſtamento militis, vel ejus qui in hoſtili loco, militari Jure, teſtamentum condiderit, Jure noſtro ſunt prodita, huc non pertinent. An enim per domicilii mutationem infirmetur teſtamentum, ibi non quæritur: illud quæritur an corruat actus, præterito jam periculo, vel poſt miſſionem.

# CAPUT IV.

## *De diverſitate Juris, mutato domicilio, circa actûs ſubſtantiam.*

## SUMMARIUM.

I. *Hollandi ſibi invicem relinquunt hæredes, poſtmodum demigrant Ultrajectum, ibique moriuntur, irritatur liberalitas contra Peckium.*
II. *Si minor Scripto curatore hærede poſtmodum major diem obierit, an convaleſcat inſtitutio.*
III. *An contracta ſemel communio extinguatur per novi domicilii leges communionem non agnoſcentes.*
IV. *Quid ſi in novo domicilio communionem expreſſim reſolverint contrahentes?*
V. *Super dotalitii lucro, cujus loci mos attendendus.*
IV. *In lucro ſuppellectilis quod præcipit apud nos conjux ſuperſtes, an ſpectandus locus celebrati matrimonii, an novi domicilii?*

I. Hollandi ſibi invicem bona relinquunt teſtamento, poſtmodum demigrant Ultrajectum, irritatur liberalitas.

DE ſolemnitate diſpoſitionis diximus, plura dicenda ſunt de ejuſdem ſubſtantia, & quidem primum exemplum eſto. Bonorum liberalitate ſe invicem proſecuti ſunt conjuges Hollandi: verſo ſolo concedunt Ultrajectum, ibique alter exceſſit è vita. Dicemuſne conſiſtere teſtamentum, nequicquam repugnante Trajectinâ lege, talis munificentiæ prohibitoria? (de mobilibus loquor, res enim ſoli trahunt leges à loco quo continentur, ubicunque terrarum collocetur domicilium.) Tria tempora ſpectari Jura volunt, ut relicti capax ſit hæres, conditi tempus teſtamenti, mortis teſtatoris, & adeundæ hæreditatis: illo autem mortis teſtatoris tempore (quod maxime omnium attendendum videtur) cùm ſuperſtes, ſubjectum incapax fuerit rei relictæ, negaverim liberalitatem eſſe validam. Cæterùm rursùs in Hollandiam conjuges ſedes tranſtulerint, ibique alter diem obierit, tempus omne intermedium, quo Trajecti morati ſunt, non dexiris diſpoſitioni nociturum, *l. ſi alienum ff. de hæredib. inſt.* §. *in extraneis, inſt. de hæred. qual.* In hanc ſententiam in caſu non abſimili judicatum prodidit Carpzovius, *in definit. forenſ. p. 2. conſt. 14, def. 3.* Idemque reſpondendum eſt, ſi legatum conjugi datum fuerit; nam & tum mortis teſtatoris tempus inſpici oporteret, ut legati conſequendi capax ſit conjux, & hæc luculenter ſuſtentant

diputata Barry, *de ſucceſſ. lib. 1, tit. 8, num. 4.* Peck. *de teſtam. conjug. lib. 4, cap. 31.* Quare ſubit mirari ſuorum poſtmodum oblitum ſcripſiſſe eundem Peckium, *lib. 4, cap. 37,* quem ſequitur Wameſ. *Cent. civil. 6, conſ. 6,* domicilio Mechliniam conſtituto, ubi conjux conjugi ſine liberorum conſenſu dans, legans, nihil agit, non infringi relicta Middelburgi, quæ civitas Jure communi utitur. Aperto enim Jure contra definita hæc quæſtio eſt, Jus hæredis & legatarii, ſeu capacitatem, vel incapacitatem utriuſque inſpicienda eſſe tempore mortis teſtatoris. Probant *& l. non intelligitur* §. *quando autem ff. de Jure fiſci l. in mortis, ff. de donat. causâ mortis,* aliaque præterea multa congeſta à Peck. *d. cap. 31.* In tantum, ut cùm & in inſtitutis à milite non requiratur ut capaces ſint tempore conditi teſtamenti, requiratur tamen ut mortis tempore tales reperiantur ut à milite inſtitui potuerint, *l. 12, neque enim* §. *& deportati ff. de teſtam. militar.* Palmarium, quod tranſverſum egit Peckium, argumentum eſt, Statutum, de quo quæritur, (en Peckii verba) reſpicere teſtandi formam magis, quàm præciſam perſonæ inhabilitatem; ut majori ſcilicet ſolemnitate fieret teſtamentum, non ut omninò teſtamenti factionem inter ſe non habeant conjuges. *Vid. eundem Peck. cap. 37, in fine,* adeoque non magis irritari collatam in conjugem liberalitatem, quàm ſalva permanent teſtamenta condita ſecundùm ſolemnitatem requiſitam tum temporis, cùm ea conficerentur. Quæſo quod ſine liberorum conſenſu omninò non poteſt fieri, quî poteſt hoc dici ideo prohiberi, ut majore fiat ſolemnitate? Quod alter ex alterius teſtamento capere vetantur, quid aliud eſt dicere, quàm eos inter ſe teſtamenti factionem paſſivam non habere, vel perſonas conjugum incapaces eſſe inter ſe donationis? ut recte hoc effert Burgund. *tract. 1, numer. 41.* Porrò ſi ad ſolemnitatem ſpectet hæc prohibitio, licitum erit conjugibus, extra locum domicilii, hanc erga ſe invicem exercere, cùm vulgatum ſit loci cujuſque ſolemnitates ſufficere, uti teſtamenta conduntur, contra quod paulo ante ſcripſit ipſe Peckius, *d. lib. 4, cap. 29.* Proinde quod generaliter expreſſum eſt regulâ Juris 85, §. 1, non eſſe novum, ut quæ utiliter ſint conſtituta, durent, licet is caſus exſtiterit, à quo incipere non poſſunt, ad noſtrum locum, non niſi cum hac diſtinctione aptaveris, intereſſe perſonam inter teſtatoris, & hæredis aut legatarii, vel, ut cum Doctoribus loquar, capacitatem activam inter, & paſſivam, capacitatem nimirum capiendi ex teſtamento, & capacitatem faciendi teſtamentum; quomodo Peckii argumenta neceſſe eſt corruere omnia. Perſonæ teſtatoris ſatis eſt, ut eo quo teſtatur, tempore habeat teſtamenti factionem; de ſtatu mentis aut corporis loquor, de ſtatu perſonæ aut capitis diminutione non loquor. Ita furioſi, prodigi, cæci, ſurdi, muti teſtamenta, antea legitime facta, ex eo non infirmantur, quod poſtea caſus ille venerit, quo teſtari prohibentur, nec magis vitiatur

tiatur teſtamentum cujuſcunque, ex alia noviter inducta ſolemnitate; ſimul atque enim ordinaverit teſtamentum, partibus ſuis functus eſt teſtator; nec exinde factum illius deſideratur ullum aliud; cùm hæredes, atque legatarii eo ipſo primum incipiant agere, quo teſtator deceſſerit, capiendique tempus advenerit, partibus illorum, quo funguntur, ante non natis: quemlibet autem capacitatem habere debere tum temporis, cùm aliquid capere ſuſtinet, ratio efficit. Nec juvat Peckium Statutum conjugalis munificentiæ inhibitorium non videri reſpicere teſtamenta condita antequam contrahentes eo loci collocaſſent domicilium, quod fraus Statuto facta non accipiatur ab eo, qui tum lege illâ nec dum teneretur: refelluntur enim ea, vel ipſâ poſtremæ voluntatis naturâ, quo, reſpectu alterius, habemur eo demùm tempore diſpoſuiſſe quo morimur, quod ad extremum vitæ ſpiritum ambulatoria ſit ultima teſtatio, nec ante voluntas interpoſita dici poſſit ultima, quam cùm alii præterea voluntati locus non eſt. Quare conſequens eſt dicere, cur ab aperto illo Jure, quo tam mortis teſtatoris, quàm conditi teſtamenti tempore Jus hæredis intuemur, recederet Peckius, rationem eum non habuiſſe.

II. Si minor, ſcripto curatore: hærede, poſtmodum major diem obierit, an convaleſcat inſtitutio?

Alterutro horum temporum (ut hoc obiter attexam) hæredi aut ſatis eſſe ut capax ſit, tractatum & nuper in collegio fuit. Caſus qui diſceptabatur erat è converſo. Edicto Caroli quinti irritatur quævis minorum de rebus ſoli compendio curatorum facta teſtatio. Ultrajectinus major decimo octavo ætatis anno, minor vigeſimo curatorem ſcribit hæredem, annis tribus poſt concedit in fata. Quæſitum eſt ſuper capacitate hæredis; & primò quidem, ut illud præmittam, mas licet apud nos octodecimum ingreſſus annum ſui Juris evadat, cùm tamen ei ante vigeſimum immobilium alienatio ſit inhibita ſine curatoris aſſenſu, vix ulla fuit dubitatio, nihil eſſe impedimento quo minus, cùm teſtamentum conderet ille teſtator, teneretur edicto. Cæterum completâ jam per annum vigeſimum ætate, an adhuc incidat in edictum, magis dubitatum eſt; & placuit non incidere. Sanctio quippe Carolina de iis accipienda, qui adhuc ſub curatore ſunt conſtituti: nemo enim dici poteſt reliquiſſe aliquid curatori, qui eum non habeat, curâ jam dudùm finitâ. Ad hæc ceſſat ratio, quæ edicto cauſam dedit, poſita in auctoritate, quâ pollent in minorem curatores, metuque ac reverentiâ erga eoſdem, ut teſtatio ejuſmodi vix videatur eſſe libera. Quare eo demùm loco uſque ad vigeſimum quintum annum tenet conſtitutio, ubi ante eundem, ſuam in curam adoleſcentes non veniunt, vel ideo ſcripta ſimpliciter in ætatem annorum viginti quinque, quod apud Belgas nullibi locorum (quod ſciam) cura protendatur ulteriùs. Emerſit igitur hic controverſiæ ſtatus. Suffeceritne hæredi mortis teſtatoris tempore capacem fuiſſe, an verò eo ampliùs Jus ejus capiendi requiratur tempore conditi teſtamenti? Et Curiæ

An prohibitio ſcripta in minores XXV, annis teneat apud nos majores annis viginti?

magis visum est, utroque tempore hæredem capacem esse oportere, adeoque sententiam judicii Civitatis patriæ, quo, testamento insuper habito, hæres ab intestato admissus est ad hæreditaria bona immobilia, communi calculo confirmavit: haud æquum fore existimans, ab initio quod vitiosum fuerat, tractu temporis ut convalesceret.

III. An contracta communio extinguatur per leges novi domicilii, communionem non agnoscentes?

Quid si celebrato apud nos conjugio, Ultrajectini conjuges postea se contulerint aliò, ubi conjugale bonorum consortium non obtinet, perduratne illud quod fuit in loco prioris Domicilii? Ita videtur Scriptoribus plerisque, quos secutus est Frisiæ Senatus apud Joan. à Sande, *lib. 2, Decis. 10, tit. 5,* & laudat Goris, *in Adverf. tit. 1, cap. 7, num. 3,* quibus adde Chopin. *ad ll. Andegavenf. lib. 3, titul. 2, num. 4, de comm. bonor. societate,* & Mornac. *ad l. exigere dot. ff. de judiciis,* quorum uterque laudat in id arrestum vetus Curiæ Parisiensis. Quod ita tamen accipe, dummodò in loco contracti matrimonii aliquo tempore conjuges habuerint domicilium, & post larem aliò transferant, ut recte notatum Chopin. *d. loco in margine.* Quam tamen communionem hactenùs putaverim permansuram, donec contrariam conjuges contestationem de ea non interposuerint, si nimirum novi domicilii leges contractam ante communionem permittant exuere. Super quo voluntatem declarasse re ac facto videntur, eo ipso quod bonorum separatione factâ privatim sibi consulat quisque, negotietur, acquirat; ut non male probatum est Burgund. *tract. 2, num. 14, circa finem quæstionis.* Quamquam haud æque recte quæstionem per contrarium determinat idem Burgundus: putat enim per mutationem domicilii & mobilium translationem eo loci, ubi societas frequentatur, conjuges eandem videri iniisse, licet ea per leges loci pristini domicilii, contractique matrimonii, inducta non esset. Cùm enim communionem hanc causam trahere à pacto, seu expresso, seu tacito, cùm contraheretur matrimonium, inito, ostenderimus ante; ipseque Burgund. *d. loco, num. 11,* recte statuat, conjuges in contrahendo id videri voluisse, quod volunt territorii leges, in quo negotium gerebatur: adeo ut Consuetudo illa in contractus influat; utique solo migrationis facto non dixeris revocari pactiones ante legitime initas, non magis quàm ex nuda domicilii translatione non alterantur, aut irritantur conventiones quævis aliæ. Atqui, inquit Burgundus, ex assumpti domicilii Consuetudine liberum est inire societatem, & exuere. Recte id quidem: sed illud ipsum est, quod desideramus, ut contrariâ pactione matrimonii leges retractent conjuges, quod effici solâ migratione non probatur, operaturâ aliàs ultra eorumdem intentionem. Lex quidem novi domicilii, contracta ibidem matrimonia interpretatur, permittitque contrahere communionem & contractam exuere; sed non proponitur id ibi Consuetudinis esse, ut quicunque eo demigrent, contractam in ipsis

matrimonii auſpiciis ſocietatem, citra novæ voluntatis declarationem, ipſo facto exuant.

IV. Quid ſi novo in domicilio communionem expreſſim reſolverint conjuges?

Quid autem ſi Ultrajectini fixâ apud Hollandos ſede communionem nominatim reſolverint? admittenda diſtinctio eſt, pactione id effectum fuerit, an ultimâ voluntate, ut priori modo rata ſit revocatio, poſteriori non æque, eo quod inibi pactis antenuptialibus derogare non liceat actu inter vivos, liceat ultimâ voluntate, teſte Groenewegen, *ad tit. C. ad Senatuſconſultum Velleianum:* in quam rem & recens Curiæ Hollandiæ judicatum exſtare, perſcripſit mihi D. Henricus Fagel, qui per communia ſtudiorum ſacra, jam pridem me ſibi conjunctum, & officiis devinctum tenet, unà cum fratre Franciſco Fagel, omnibus virtutibus perpolitum par fratrum.

V. Super dotalitii lucro, cujus regionis mos attendendus.

Claudat caput quæſtio de dotalitio, cujus loci Statutum ſit ſpectandum in eo lucrando, alibi ſi contractum matrimonium, alibi poſtea conſtitutum domicilium fuerit? demirari ſatis nequeo, quid ſibi velit Mornacius, præcellenti vir doctrinâ, quod ſcribat *ad l. exigere dotem ff. de judiciis in fine*, placere fori peritioribus, ut uterque locus ſpectari debeat tam inſtrumenti dotalis, quàm mutati domicilii, quatenùs ambæ locorum Conſuetudines diverſa de præſtando dotalitio ſtatuant, quæ ipſiſſima ejus verba ſunt. quæſo ſi diverſa ſuper dotalitio ſit loci utriuſque conſtitutio, quî poterit locus ſpectari uterque? niſi velit gaudere ſuperſtitem utroque dotalitio, tam eo quod locus contracti largitur matrimonii, quàm mutati domicilii; ut migratio adjectionem potiùs dotalitii dediſſe, quàm permutaſſe dicatur: quod ipſum tamen an ſibi voluerit Mornacius, affirmare non auſim. Quare miſsâ hâc Mornacii ſcriptione, audiamus alios. Burgund. *tract. 2, num. 10*, ejus eſt opinionis, ut ſi rei immobilis dotalitium in controverſiam veniat, perpetuum ſit reſpicere ad locum ſitûs. Quod ego dictum generaliùs, diſtinctiùs ita tradiderim, ut primo de doario agam conventionali, dein de conſuetudinario. Illo caſu non tam attendendum eſt, utrùm in loco ſitûs par de lucrando dotalitio exſtet Statutum, quàm illud potiùs, num ibidem per pacta dotalia conſtitui queat dotalitium, ut rectâ viâ citra ulteriorem mancipationem res, aut Jus uſusfructûs in rem, contrahentibus acquiratur, ita ut ſi permiſerit hoc Statutum, ſuperſtes dotalitium rectâ viâ lucretur; ſin abnuat, comparata ſit nihilominùs actio perſonalis ex conventione deſcendens, quâ ad conſequendum dotalitium agat ſuperſtes, aut aliàs conſequatur id quod ſuâ intereſt ipſum rei immobilis dotalitium non habuiſſe, atque ita acceptum recte ſe habebit ſuper conventionali, quod traditum eſt apud Argentreum ſuper ſtatutario doario, rerum nimirum lucrandarum ſitum ſpectandum eſſe, & quid ea de re ſtatuta ſingularia permittant, quid abnuant, reſpiciendum, *ad art. 218, gl. 6, num. 46.* Hæc de dotalitio conventionali. Quid

autem dicendum de ſtatutario. Utrùm ſpectari conveniat domicilium quod fuit tempore contracti matrimonii, quod nunc eſt, cùm conjux vitâ fungeretur, an verò reſpicere oporteat ad locum ſitûs? Alia ſane hîc rerum mobilium, alia immobilium cauſa eſt. De mobilibus ſi quæratur, ex ſententia Scriptorum plerorumque non male dixeris attendendam eſſe Conſuetudinem loci, in quo contractum eſt matrimonium & contrahentes exinde aliquandiu foverint domicilium, non quo poſt maritus illud mutarit. Dotalitium quippe cauſam trahit proceditque ab ipſo matrimonii contractu, non ab obitu alterutrius ex contrahentibus, adeo ut ſtante matrimonio ſit illud in habitu, licet alterutrius morte exeat in actum: quemadmodum de ſocietate conjugali Burgundus legitur, *tract. 1, num. 16.* Adeo ut alteri in alterius bonis quæri dicatur à ſolemni ipſo nuptiarum die, Chopin. *de morib. Pariſ. lib. 2, tit. 2, num. 2, in princip.* Mæv. *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 12, num. 271.* Ad hæc Jura communionis exiguntur ad tempus contracti matrimonii, ut ſupra adſtruximus; quid ni igitur & exigerentur dotalitia; cum utrumque proficiſcatur à voluntate illa contrahentium, quam in ineundo matrimonio habuerint. Unde rectè tradit Burgundus, *tract. 2, num. 11*, vulgarem eſſe hanc opinionem, cui Scriptores non ſine cauſa accedunt, in contrahendo matrimonio id voluiſſe contrahentes & pepigiſſe intelligi, quod volunt loci leges ubi negotium gerebatur, aliter enim de lucro dotis fuiſſent pacti, niſi credidiſſent pro ſe paciſci legem. Sane cum lege loci, quâ doarium tribuitur, in matrimonium coïerit mulier, quæ aliàs haud dubie per conventionem ſibi caviſſet, utique in manu mariti eſſe non debet mutatione domicilii privare uxorem dotalitio jam ei quæſito. Doctores vide apud diſſentientem Mævium *ad Jus Lubecenſe, part. 2, tit. 2, art. 12, num. 401*, vid. & allegatos ab Argentreo *ad art. 218, gl. 6, num. 46, in fine.* Nec moveri debuerat Mævius *leg. 42, ff. de judiciis.* Ne enim dicam lege illâ agi de matrimonio ſoluto per divortium, non per mortem, conſequentia inde deducta nulla eſt. Quin! defendendus maritus Romæ, ubi divertit uxor, ſi reſtitutio dotis exigatur: igitur & in dotalitii modo ac quantitate ratio habenda legis loci, ubi maritus defunctus eſt? Super communione rectè litigat mulier, ubi maritus poſtremò habitavit; non tamen ex lege loci illius æſtimatur, quæ qualiſve obtinuerit inter illos communio. Utique alia ratio eorum eſt quæ fori reſpiciunt competentiam, alia eorum quæ litis concernunt deciſoria. Pluribus in locis nos aliquando defendere tenemur, nec propterea tamen ipſum negotium dijudicatur ex more loci, ubi litigamus, ſed potiùs ubi illud inter contrahentes eſt geſtum. Atque hæc eo magis obtinent, ſi in ditione noſtrate collocatum fuerit domicilium poſteriùs: cùm enim apud nos conſuetudinaria dotalitia non frequententur, ac præterea inhibita

ſit omnis inter conjuges, extra mutui uſusfructûs cauſam, gratificatio, res incideret in prohibitorium hoc edictum, ſi per migrationem illam conjux excideret dotalitio, quod ex lege loci, ubi contractum eſt matrimonium & primùm habitaverat, debebatur. Diximus de mobilibus. Videamus de dotalitio rei immobilis : nam ad res immobiles pleraque Jura dotalitia referuntur, teſte Mornac. *ad d. l. exigere dotem.* Fac igitur tertiam aut aliam immobilium partem, uſusfructu tenus, more loci contracti matrimonii, ſuperſtiti cedere, venietne & pars eorum bonorum, quæ extra diſtrictum Legiſlatoris ſita ſunt, ubi Jus ejuſmodi dotalitii non obtinet? Video placere communiter ad bona ſtatuentium duntaxat territorio ſuppoſita pertinere Statutum : vide laudatos à Mævio, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 10, num. 40.* Recte id quidem, ſi ea mens fuerit Legiſlatoris, ut noluerit ſuam Juriſdictionem ad alterius territorii bona porrigere, quam interpretationem in dubio capiendam ſuadent tradita Burgundi, *tract. 1, num. 45.* Quid ſi autem expreſſim ſcriptum ſit Statutum in bona ubicunque ſita, intererit utrùm Statutum locale prohibitorium ſit ejuſmodi dotalitii, nec ne. Illo caſu fruſtra erit alter Legiſlator, repugnante lege loci prohibitivâ vel annullativâ : quorſum faciunt ea quæ ab Argentreo, alia quanquam in ſpecie, tradita ſunt *ad art. 218, num. 38, gl. 6.* Sin autem nihil de dotalitio conſtituat locale Statutum, non quidem forenſibus bonis reale Jus impreſſerit Legiſlator, cæterùm tamen actio naſcetur perſonalis, quâ conjux ad ipſum agat dotalitium, vel ad ejus æſtimationem, quod poſterius arriſit Burgundo *d. tract. 1, num. 46.* Atque hæc ita, ſi in loco domicilii, vel contracti matrimonii, frequentetur doarium. Cæterùm aliud dicendum, ſi locus ille dotalitium neſciat, qui caſus converſus eſt : licet enim eo in loco, ubi bona conjugibus ſunt immobilia, dotalitii lucrum concedatur, ad exteros tamen illud beneficium non pertinet : quippe ad ſubditos reſpexit Legiſlator, quorum perſonas beneficium illud, præter Jus commune indultum, non tranſgreditur : Sunt quidem eæ Statuti vires, ut in bonis ſtatuenti ſuppoſitis ad lucra ejuſmodi poſſit vocare & exteros : cæterùm non voluiſſe vocare potior eſt conjectura ; quod hic noluerit Legiſlator certam ſucceſſionis normam introducere, aut prohibere aliquid vel permittere circa rem Juriſdictione ſuâ comprehenſam, ſed dare potiùs beneficium aliquod vel lucrum, quo utique non gaudent exteri ; qui nec ratione domicilii, nec contracti matrimonii, nullâve aliâ ratione ad curam Legiſlatoris pertinent, niſi quod in ejus territorio poſſideant bona. Et in hanc ſententiam non male argumentatur Mævius, *ad Jus Lubecenſ. part. 2, tit. 2, art. 10, num. 41, & quæſtione quarta præliminar. num. 42.* Ex allatis conſequens eſt, & illud dicamus, cum Statuto patrio ſit indultum civibus viro uxorique, qui alteri ſuperfuerit, ut cedant ei ex cumulo ſeu

VI. In lucro ſuppellectilis quod præcipit apud nos conjux ſuperſtes,

an ſpectandus locus celebrati matrimonii, an novi domicilii.

maſsâ, ut loquuntur, bonorum veſtes maxime feſtivæ cum quadam ſuppellectile, fere ad inſtar Gerardæ apud Saxones viduis conceſſæ, lucrari illud, quicunque collocato apud nos domicilio, ibidem devixerit. Conſentit Berlich. *part. 3, concl. 29, num. 195.* Firmat judicato Carpzov. *part. 2, conſtit. 10, defin. 3.* Nam & incolas non minùs quàm cives gaudere hoc lucro certam apud nos interpretationem habet. Nec movet quod communiones conjugalis Jura exigantur ad tempus contracti matrimonii, non mutati domicilii, & quod hæc mobilia è bonis dicantur præcipi, adeoque referenda videantur ad cauſam communionis. Apud nos quippe jam pridem indifferenter hoc lucrum frequentatur, communione exclusâ, juxta ac contractâ, capiturque tam ex bonis communibus, quàm prædefuncti propriis, ut pluribus Curiæ arreſtis comprobatum eſt: adeo ut verbum *Voordeel*, quo utitur noſtras Legiſlator, nihil denotet aliud, quàm lucrum quoddam indultum civibus incoliſque conjugibus, qui alteri ſuperſtites fuerint, ut in eo quodammodò ſibi invicem videantur ſuccedere ab inteſtato, vel ut alter ab altero legale quoddam conſequatur legatum, eorum nimirum mobilium, quibus utimur quotidie, aut quibus vix poſſumus carere, aliud ab eo quod dotalitium vocatur, & apud nos fere mulieribus conſtitui ſolet in amiſſæ pudicitiæ præmium, & ab ipſo nuptiarum momento acquiritur, ut diximus ſupra.

# TITULUS TERTIUS

## PARS PRIOR.

*De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, immoto personarum domicilio.*

## CAPUT PRIMUM.

*De Statutis personalibus.*

### SUMMARIUM.

I. *An uxor teneatur debito mariti, qui cum in loco domicilii Jure communi uteretur, contraxit illud alibi, ubi uxor pro marito obligatur?*

II. *An in Statutis personalibus locus si pactis quibus Juris diversitati occurratur?*

III. *Statutum quo cautum est obligari unà uxorem, si maritus forensis eo loci contraxerit, an valeat?*

DE morum diversitate, quæ vel fixo, vel translato, exoritur domicilio, egimus hactenùs. Nunc pauca fert animus de pactis subjungere antenuptialibus, quæ super hac ipsa diversitate contigerint iniri; cujus loci inspectio suum sibi caput, sedemque postulat peculiarem. Quicunque enim cogitare instituerit morum illam, ac legum per singula fere oppida discrepantiam, seminarium esse controversiarum complurium, quibus non de glande legenda, aut aqua pluvia arcenda, sed de integra, ut plurimum, disceptatur hæreditate, non poterit eum non incessere cupido pernoscendi, ecqua detur ratio, quâ tot tantisque litigiis in ipso matrimonii tractatu commode occurratur. Controversias illas duorum esse generum diximus, alterum genus eorum,

quæ immoto exſurgunt domicilio, mutato alterum. De priori prior ſit noſtra commentatio. In qua ordo ſervabitur à nobis idem, qui fuit in præcedentibus; ut primò de Statutis agamus perſonalibus, dein de iis quæ realia ſunt. Statutorum perſonalium nomine venire diximus, quæ ſtatum ac conditionem concernunt perſonarum, ut ſi cautum ſit uxorem eſſe in poteſtate viri, majorem eſſe qui viginti impleverit annos, & ſi qua ejus notæ protulimus plura. Quid igitur, ſi contrahat alibi mulier aut alienet, ubi eadem poteſtas non obtinet, aut minor, ubi vigeſimo demùm anno minor ætas terminatur, Statutorum hæc diverſitas inducetne diverſitatem Juris? Id enim, ſi non liceat aſſerere, fruſtra quæſiveris de pactis, quibus iſti Juris diverſitati nihil operanti, occurratur. Adſtruximus titulo priore ſtatum ac conditionem perſonarum, effectuſque inde dependentes, metienda eſſe à loco domicilii, ut uxor quæ domi ſit in poteſtate viri, eandem exuat nullibi & domi minor, idem ſit foris, & è contra; adeoque, qui effectus horum eſt, uxor, minor, qui ſine viri, tutoris auctoritate non contrahunt in loco domicilii, nec contrahant alibi.

I. An uxor teneatur debito mariti, qui cùm in loco domicilii Jure communi uteretur, contraxit illud alibi, ubi uxor, pro marito, obligatur?

Lubet his cauſam adjicere, quam alibi non retulimus. Si maritus eo loco habitet, ubi Jus commune obſervatur, vel ubi illius in uxorem ea non eſt poteſtas, ut eandem pro debitis ſuis adſtringat; contrahat autem eo loci, ubi pro maritorum debitis uxores obligantur, poterit ne uxor debiti illius nomine conveniri, aut res ejus in loco contractûs repertæ, ob non ſolutum debitum arreſto ſiſti, aut detineri? Cùm hæc obligandæ uxoris poteſtas effectus ſit maritalis in eandem poteſtatis, quam metiendam eſſe diximus à loco domicilii, conſequens eſt dicere debito iſto uxorem non teneri. In quam ſententiam judicatum teſtatur Mævius, *ad Jus Lubecenſ. quæſt. præliminar. 4, num. 20, & de arreſtis, cap. 9, num. 19.* Proinde, ut id quod inſtat, agamus, cùm Statutorum diverſitati perſonæ ſtatus non ſubjaceat, regendus ſemper à loco domicilii, & in præſens de domicilio tractemus immoto, apparet laborandum non eſſe, quâ ratione, quove pacto eidem diverſitati occurratur. Quodcunque enim circa eandem perſonarum conditionem proponatur eſſe conventum, non ad Statutorum diverſitatem, ſed eum pettinet locum, quo pacta diſcutiuntur, quibus ipſi perſonarum conditioni, aut effectibus inde promanentibus derogatum itur: ut ſi quæratur, quod ipſum ad noſtri operis argumentum ſpectat, an & quatenùs maritorum in uxores poteſtatem pacto antenuptiali tollere liceat, vel circumſcribere: cujus loci inſpectione tum demùm nobis opus erit, ubi abſolverimus ea quæ illius ipſius poteſtatis naturam reſpiciunt aut effectus. Itaque conſultò manum in hoc capite de tabula tollerem, niſi Mævius, *d. cap. 4, num 21*, illum caſum poſuiſſet, in

II. An in Statutis perſonalibus locus ſit pactis quibus Juris diverſitati occurratur?

III. Statutum quo cautum eſt

percunctando, utrum Statuto queat effici, ut extraneus ille maritus, in loco Statuti contrahens, unà obliget uxorem: id enim

ſi

si affirmaverimus, en nobis excitatam controversiam; quæ hujus sit loci. Utrùm nimirum Juris isti diversitati pacto aliquo possit occurri. Verùm recte negavit Mævius Legislatoris eam esse potestatem, ut uxorem quæ suo in territorio non contraxit, ullis constringat Statutis; id enim Jus esset dicere extra territorium. Mariti alia ratio est, qui eo ipso quod alio in loco contraxit, se legibus ejusdem submisit.

obligari una uxorem, si maritus forensis eo loci contraxerit, an valeat?

# CAPUT II.

*De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, quam domicilio non moto excitant Statuta mere realia.*

## SUMMARIUM.

I. *De vi pacti antenuptialis apud Hollandos, quo cautum est bona ultimi ex liberis reditura ad latus, unde provenerunt, secluso parente superstite.*
II. *De effectu ejusdem pacti apud nostrates.*
III. *An liceat conjugibus mutare pactum stante matrimonio?*
IV. *An patri competat legitimæ ullius, aut trebellianicæ portionis detractio, suo nomine?*
V. *An nomine liberorum, tanquam Jure detractionis ad se transmisso?*
VI. *Scriptis hæredibus, quos Jure hæredes esse oporteret, num vocati, qui testatori per leges patrias essent hæredes; an verò quos parentes pactis antenuptialibus ei delegerint?*

STATUTORUM mere realium exemplum nobis exhibuêre Jura lata de modo succedendi ab intestato; quem diximus exigi ad locum rei sitæ, si de rebus quæratur immobilibus; ad defuncti domicilium, si de mobilibus. Videamus ecquæ partes & hîc sint tabulis antenuptialibus. Apud nos totam per Provinciam Jus ab intestato frequentatur uniforme, quod apud Hollandos fere duplex obtinet, alibi Scabinico Jure, ut vocant, utentes, Asingico alibi: ut una eademque hæreditas simul, & Asingico & Scabinico Jure, sæpenumero censeatur: nec id tamen, si ad mores hodiernos adspexeris, est absonum: quot enim bona defuncti sunt diversis in regionibus, diverso Jure directa, totidem hodiè censentur esse hæreditates. Fac igitur pactis dotalibus inter conjuges conveniisse, ut liberi parentibus hæredes essent, & si liberorum noviissimus absque prole decederet, bona materna maternis, paterna paternis concederent; non autem ad parentem devolverentur superstitem. Videamus cujus effectûs sit hujusmodi pactio. Et quidem apud Hollandos propterea stipulationes illæ invaluerunt, ut obviam iretur maritis domicilium in solo Asingico collocantibus, vel ibidem prædia eâ mente comparantibus, ut si liberi post matrum mortem vitâ fungerentur, ipsi patres hæredes essent: teste Neostad. *in not. ad observ. de Pactis antenup.* & Grot. *in Manuduct. lib. 2, part. 22.* Quibus pactionibus id effici duntaxat scriptores iidem attestantur, ut modus introducatur succedendi ab

I. De vi pacti antenuptialis apud Hollandos, quo cautum est bona ultimi ex liberis reditura ad latus, unde provenerunt.

inteſtato, non ut adimatur conjugibus, aut liberis eorum dipo-
ponendi facultas. Adde *deciſ. ſupremæ Curiæ Holland. 78*, & Coren.
*obſ. 20, num. 16*, & *conſil. 9, num. 48*, & *ſequentib.* Apud nos quoque
cùm de ejuſmodi clauſula lis eſſet, ex præſumpta contrahentium
voluntate, eam ita interpretati ſunt Judices, ut clauſulæ tum
demùm locus ſit, cùm liberi decederent in pupillari ætate, &
vel quandocunque ab inteſtato: quod rectè monuerit Peckius
quoſlibet oculatos eſſe debere, qui res aliter affectas eſſe volunt,
*de teſtam. conjug. lib. 1, cap. 6.* Judicatum apud nos à judicio civi-
tatis patriæ *23, Mey 1626, tuſſchen Floris de Goyer cum ſocio contra
Elbert van Bylert cum ſocio*, & in reviſione *tuſſchen Jor. Droeffe-
laer contra Erneſtus van Ommeren.* Verum fac ejuſmodi pactionem
apud noſtrates interpoſitam fuiſſe, num æque libera erit conjugi-
bus ejuſdem mutatio? minime: quod apud nos, commodo alte-
rius ex conjugibus, pactis dotalibus ne vel tantillum fas ſit obro-
gare; Radelant. *dec. 84, num. 16 & 17*, vid. Goris, *Adverſ. tract. 1,
cap. 8.* Chriſtin. *ad leges Mechlin. tit. 9, art. 11, ad num. 12, in addit.*
Chaſſaneus, *ad Conſuet. Burgund. rub. 4, §. 2, verſic. & acquiſitor.
ſub. num. 15.* Annæus Robert. *rer. judic. lib. 4, cap. 1.* Hæc ita
de bonis in ditione noſtrate conſtitutis: aliud in rebus ſoli Hol-
landici quod eæ prohibitoria noſtrate lege non teneantur, ut de-
monſtravimus ante, ac apud Hollandos pacta antenuptialia mu-
tare liceat ultimâ voluntate. Quæſitum eſt ſuper eadem ſtipula-
tione, num competat patri legitimæ trebellianicæ, aliæve juris
portionis detractio, in bonis quæ proli noviſſimæ vitâ functæ, à
matre obveniſſent; vel ſaltem an liberorum legitima & Trebellia-
nica, uti quæ à matre minime gravatæ eſſent, aut affici potue-
rint, patri debeantur Jure inteſtati: duplex enim hujus rei inſpec-
tio eſt, ut tam ſuo, quàm defunctæ prolis nomine pater legiti-
mam videatur poſſe obtendere. Non eſſe tamen, ut ejuſmodi por-
tiones ſibi fingat, aſſerit Neoſtadius; eo quod hujuſmodi præ-
rogativas, ultimis datas voluntatibus, neget pactis convenire, *in
notis ad d. l. obſ. 2.* Illudque ipſum apud Hollandos certam ſatis in-
terpretationem videtur habere, vid. *Grot. dict. part. 29.* Apud
noſtrates autem controverſa quæſtio, varieque ventilata eſt. Pu-
taverim tamen tutiùs fore, ſi nos aliud hîc ab Hollandis non dica-
mus. Ut enim primò videamus, num patri ſuopte ex capite legi-
timam liceat detrahere, illud conſtat, patrem hîc à filio nullâ præ-
teritione vel exhæredatione eſſe notatum, nullove modo in legitima
circumſcriptum, conſequenter non habere eum quod de inoffi-
cioſo conqueratur, legitimæ autem petitionem ceſſare, ubi locus
querelæ non fuiſſet, probant *l. 3, l. 30, C. de inofficioſ. teſtam.*
Fab. *in Cod. lib. 5, tit. 5, defin. 6, num. 3.* Vulgatum apud Doc-
tores argumentum eſt. Legitimæ petitio ſuccedit loco querelæ
vel bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Huic non competit aut
querela, aut bonorum poſſeſſio. Igitur nec competet legitima: qui-
bus verbis in materia non abſimili utitur Tiraquellus *de Jure primoge-*

II. De effectu ejuſdem pacti apud noſtrates.

III. An liceat conjugibus mutare pactum ſtante matrimonio.

IV. An patri competat legitimæ illius aut trebellianicæ portionis detractio, ſuo nomine.

*nitur. q. 55, num. 11.* Eo facit quod legitima dicatur ſumere initium à cauſa teſtati. Peregrin. *de fideicom. art. 36, num. 5.* Quî poterit ergo peti legitima ex bonis ejus, qui deceſſit plane inteſtatus? quod enim ab hæreditate fillii repellatur hic pater, non à diſpoſitione filii eſt, ſed à ſuomet ipſius pacto proficiſcitur, idque damnum cùm ſuâ ſentiat culpâ, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet. Unde & obſtat ipſa legitimæ natura, quæ definitur triens, vel ſemis ejus portionis, quam quis eſſet habiturus ab inteſtato. Quare fruſtra ſit pater legitimam petens iis ex bonis, quæ ab inteſtato ad eum non erant perventura. Nec eſt, ut moveremur vulgatâ Doctorum regulâ, quâ dictitant per generalem hæreditatis renuntiationem, non cenſeri renuntiatum legitimæ, deſumptâ ex *leg. ſi quando C. de inofficioſ. teſtam.* Primò enim Doctores videas fere loqui de renuntiatione liberorum, non parentum, quibus liberorum hæreditatem non ita deberi, ut liberis debetur parentum, dicit Juriſconſultus, in *leg. 7, §. 3, ff. unde liberi.* Ipſa certe Gloſſa *ad l. ſi quando §. illud, in verb. gravari, ibi, ſolutio aliud in patre:* negat conſtitutionem ad patrem pertinere: conſentit Acacius in *tractatu de Privilegiis parentum & liberorum, privileg. 14, parte altera cap. 5, num. 3.* Ita & pleræque leges ſpeciale quippiam liberis concedentes, ad parentes non porriguntur. Ita lex finalis *C. de repud. hæredit.* ad recuſatam parentis hæreditatem regreſſum dans filiis, locum non habet in parentibus, vid. *cumm. DD. ad d. l.* Ita lex, hâc conſultiſſimâ, §. *ex imperfecto C. de teſtam.* Ita lex avus, *ff. de Conditionib.* agentes de liberis, ceſſant in parentibus. Deinde procedit hæc regula in hæreditate, cujus Jus jam erat quæſitum, vel ut cum Juriſconſulto loquar in *l. 1, §. ſi impubes ff. de collat. bonorum*, cùm jam nata eſſet quartæ petitio: non autem in hæreditate, quæ nondum obvenerat; ex doctrina eorum, qui de legitimæ prærogativis tractant ex profeſſo: vide Merlin. *de legit. lib. 3, tit. 2, quæſt. 26, num. 13,* & Mangil. *de imputat. & detract. quæſt. 91, num. 15,* & jam ante eos Ruinum, *1 vol. conſil. 97, num. 7,* adde duos ſtupendæ lectionis Juriſconſultos Tiraquell. *quæſt. 55, num. 14,* & Menoch. *conſil. 71, num. 7.* Hæc ita de ea quæſtione dicta ſunto, num pater ſuo ex capite detrahendæ legitimæ Jus habeat. Plus difficultatis forſan in eo erit, an non idem habeat pater ex perſona filii, vel potius an non ex bonis maternis libera ad filios pervenerit legitima, utpote cui gravamen imponi nequiverit, quod lex ipſo Jure adjecta onera rejiciat *l. 32, & Author. noviſſima C. de inofficioſ. teſtam.* quam deinde filius dicendus ſit tranſmiſiſſe ad patrem: cum & Doctoribus probatum eſt non poſſe liberos qualibuſcunque conditionibus matrimonii contractui appoſitis, legitimâ defraudari. Peregrin. *de Fideicom. art. 50, num. 23.* Verùm non eſt ut hoc quemquam turbaverit: cùm enim in eo moribus ſit receſſum à Jure, ut hæreditas detur pactis, vel potiùs ut à conjugibus in ipſis matrimonii auſpiciis certus ordo ſibi liberiſque ſuccedendi ab inteſtato con-

V. An nomine liberorum, tanquam Jure detractionis ad ſe tranſmiſſo?

ſtituatur, adeoque liberi impuberes haberent illos hæredes, quos parentum Judicium ipſis elegerit, vel ut adulti eo ipſo quod alios hæderes non ſcripſerint, datos à patre viderentur approbaſſe; dicendum eſt, nullo liberis impoſito gravamine, legitimæ aut trebellianicæ detractioni ex capite eorumdem non eſſe locum. Ne dicam quod patre per ſuam ipſius renuntiationem à liberorum hæreditate ſecluſo, Jus detrahendi legitimam, ſi quòd competiiſſet liberis, non tranſmiſiſſent illi ad patrem, hæredem ſibi non futurum, ſed ad eos, qui ab inteſtato eſſent ſucceſſuri. Quomodo & non ita pridem judicatum apud nos in reviſione, Jus habendi legitimam abſque onere in bonis Emphiteuticis, quæ apud noſtrates ad inſtar feudalium lineæ inhærent, non pervenire ad matrem, hæredem in cæteris ab inteſtato; ſed ad paternæ lineæ agnatos proximos, unde illa bona devenerant, *inder ſaecke van Niclaes van Portengen contra Floris Wttenengh.*

VI. Scriptis hæredibus, quos Jure hæredes eſſe oportet, num vocati, qui teſtatori per leges patrias eſſent hæredes, an verò quos parentes pactis antenuptialibus delegerint.

Tenuit nuper Curiam quæſtio, quam ſi hîc intexuero, non multum me puto à re diſceſſurum. Pactis dotalibus certus cùm eſſet à contrahentibus conſtitutus ordo ſibi liberiſque ſuccedendi ab inteſtato; diemque primum obiiſſent contrahentes, poſtremo noviſſima proles, hujuſque teſtamentum exſtaret, quo collatis in diverſas perſonas legatis, ea tandem comprehenſa erat clauſula, quâ teſtatrix ſibi hæredes fore declaraverat, quos Jure eſſe oporteret.... Orta lis eſt inter eum, qui proximus hæreditati per patrias eſſet leges, & eum qui pactis vocaretur dotalibus; utroque ſibi hæreditatem vindicante. Curia noſtra hoc anno 1651, omnium calculis hæreditatem adjudicavit ei, qui pactis innitebatur antenuptialibus; quod ex ante ſcriptis teſtatricis verbis apparere videretur de hæredibus nihil eam voluiſſe eſſe diſpoſitum, ſed cauſam illorum relictam eo loco, quo ea erat tempore conditi teſtamenti. Sane verborum proprietati ſi quis inhæreat tenacior, dicturus erit, inſpici oportere, uter litigantium ante vel citra teſtamenti tabulas Jure hæres eſſe deberet, utique non ille futurus, qui per legem proximior erat: cum patrius ſuccedendi ordo ab inteſtato jam ante ſublatus fuerit per illum alium, pactis in ejuſdem locum, ſurrogatum. Ad hæc in ambiguo, pactis parentum derogatum noluiſſe liberos, tutior capitur conjectura. Ac præterea cùm legatis honorati eſſent propinqui alii, nullo prorſus dato ei qui Jus ſuccedendi ex pactis haberet, in quem tamen non conſtabat teſtatricem animo fuiſſe minùs æquo, veroſimile habebatur hoc idcirco ab ipſa factum eſſe, quod ſciret poſteriorem illum ex pacto ſibi futurum hæredem.

# CAPUT III.

*De pactis quibus diversitati Juris immoto occurritur domicilio, & quidem circa actûs alicujus solemnitatem.*

DISSERUIMUS de Statutis mere realibus, qualia fere sunt, quæ modum succedendi concernunt ab intestato. Proxima cura est, ut videamus an pactorum sit aliquis effectus circa formam actûs aut solemnitatem. Realium enim Statutorum, quibus actus hominis intercurrit, bipartitiam hanc fecimus divisionem, ut vel in formam scripta sint, vel in materiam. De illis non est ut magnopere laborem : in manu namque privatorum non est quâcunque pactione derogare solemnitatibus, quæ ad actûs cujusque confectionem, vel per leges sitûs, vel domicilii sunt adhibendæ; quod nemo facere possit, ne leges in testamento aliquando à se celebrando, locum habeant. Unde nuperrime à Curia nostra secundùm sententiam Senatûs Frisici pronuntiatum est non deberi legatum, à testatore privatâ scripturâ relictum, ut maxime ab eo præcedente testamento scriptum esset, velle se rata esse, quæcunque legata ad eundem modum dedisset; frustra nimirum laborante testatore id agere, ne forma lege præstituta suis in legatis locum haberet. Illud quidem plusculis Juris nostri locis comprobatum est, hæreditate, legatove in testamento rite datis, nominis quantitatisve expressionem rejici posse in codicillos, aut aliam quamcunque scripturam, quæ fidem mereatur : quod tum solemniter constet de voluntate testatoris, instituere aliquem, aut legatum dare volentis. Verùm ut & voluntas ipsa dandi vel legandi, & simul legati quantitas, aut legatarii nomen, adeoque actus in universum, aliâ quam legitimâ sustineatur solemnitate, nullum Jus, nullave ratio est, quæ id effecerit. Sed de his plura volenti adeundus Herbajus, qui locum enucleavit accurate, *Rer. Quotidian. lib. sing. cap. 8.*

# CAPUT IV.

*De pactis quibus obviam itur Juris diversitati, quam immoto domicilio producunt Statuta realia, circa actûs substantiam.*

## SUMMARIUM.

I. *Pactum ut dos exigatur juxta consuetudinem loci alterius an valeat?*
II. *Quid si pactioni repugnet locus rei sitæ?*
III. *Pactum, ut lucretur mulier dotalitium, quod per mores præfinitur, quos mores designet?*
IV. *Institutis à me hæredibus, quos habiturus essem ab intestato, quales vocaverim?*
V. *Si conventum sit ab Ultrajectinis conjugibus, ut Hollandico Jure semet inter uterentur, an valeat mutua proprietatis donatio?*
VI. *Quid si nominatim convenerit, ut liceret conjugibus sibi invicem gratificari, an subsistet prædiorum nostratium donatio?*
VII. *Quid si alibi suppetant bona, quæ licuit conjugi in alterum conferre, an ex iis supplebitur quod per mores nostrates donare conjux prohibebatur?*
VIII. *An liceat apud nos pactis dotalibus bona superstiti relinquere?*
IX. *Si scriptum sit dotalitii stipulationem pertinere & ad bona alterius territorii, dotalitium nescientis.*
X. *Si convenerit inter nostrates, ne stante matrimonio relinquant sibi invicem usumfructum, an pacto teneantur stare?*
XI. *Quid si pater pollicendo dotem, ejusmodi pactionem interposuerit?*
XII. *Quid si pactioni duntaxat adfuerit pater?*

RELICTIS Statutis quæ in forma, aut solemnitate actûs consistunt, transeamus ad ea, quæ materiam spectant, aut substantiam, in quibus eo plus hæret difficultatis, quo plures hîc surgunt controversiæ, quæ disquisitionem desiderant. Non puto peccaturos, qui dixerint inspici oportere, utrùm leges loci, cui res soli subjacent (nam mobilium Jura loco domicilii metienda esse scripsimus ubertim supra) ejusmodi pactiones admiserint, rataque esse jusserint, nec ne. Verbi gratiâ, si conventum sit tabulis dotalibus, ut dos exigatur secundùm Consuetudinem loci alterius, quàm ubi fovet maritus domicilium, standum esse hujusmodi pactioni, recte censuit Curia Parisiensis apud Mornac.

I. Pactum ut dos exigatur juxta Consuetudinem loci alterius, an valeat?

*ad leg. exigere dotem ff. de judiciis.* Quid ita? quod utrobique locorum licuerit pactiones eas interponere. Contra si per leges loci, ubi bona constituta sunt, limitetur illud rerum immobilium doarium, forte ita, ne trientem excedat, (cujusmodi certe doaria apud nos in arctum cogenda esse jam pridem depravati mores postulant) non oberit utique Consuetudinis ejusmodi tabulis nuptialibus inserta derogatoria clausula, quantum ad bona illa prædiaria attinet: sed revocabitur dotalitium ad statutum legibus modum: eo quod nemini liceat privatâ cautione refragari legi publicæ negativæ, aut prohibitoriæ: vide Renatum Chopin. *ad leges Parisiorum, lib. 2. tit. 2, num. 15 & num. 22, circa finem*, nec male traditum est à Burgundo, *tract. 1, num. 51*, si res soli, inter se regionibus divisas, in matrimonium attulerint conjuges, pro cujusque regionis Consuetudine, aut venire dotalitium, aut non venire, ut ita loci situs custodiatur Statutum. Quare si de ejusmodi dotalitio à muliere lucrando convenerit, quod per mores civicos præfinitur; non illud intelligitur, quod obtinet in contracti matrimonii, vel domicilii loco, sed quod per leges soli cujusque tribuitur, in quo prædia sita sunt, ut definivit Parisiorum Curia apud Chopin. *dicto num. 15*. Unde non abludit quod apud nostrates pronuntiatum est, institutis nimirum à testatore hæredibus, quos habiturus fuisset ab intestato successores, non illos scriptos intelligi, quos vocat mos domicilii, sed quibus favet loci cujusque lex, in quo prædia constituta sunt; verùm num recte se habeat utrumque judicatum, & an non posterioris nomine merito vapulent Judices nostrates apud Joannem à Sanden, *Decis. Frisica. lib. 4, tit. 8, defin. 7*, viderimus aliàs, quod ambæ quæstiones non potestatis, sed voluntatis, adeoque hujus loci non sint.

II. Quid si pactioni repugnet locus rei sitæ.

III. Pactum ut lucretur mulier dotalitium, quod per mores præfinitur, quos mores designet.

IV. Institutis à me hæredibus, quos habiturus essem ab intestato, quales vocaverim.

Rursus fac dotali conjugum Trajectinorum instrumento comprehensum esse, ut Batavo illi Jure semet inter uterentur, ratane erit conjugum collata ex hærediis Ultrajectinis donatio, ubi per loci leges coguntur in arctum, & ad merum rediguntur usumfructum conjugales donationes? Judicatio quæstionis iterùm in eo est, utrùm pacto possit effici ut prohibitoriâ loci lege solvantur prædia? Quod negatum est à nobis toties: sæpe enim dictum, sæpe dicendum est, loci cujusque Statuta plenum Jus exercere in subjecta prædia. Publicæ autem prohibitioni in favorem inductæ hæredum legitimorum, pactis nequit derogari privatorum, in quorum manu alioquin foret efficere, ne sese prohibitoriæ loci leges constringerent, & hanc sententiam amplexa Curia est Parisiensis apud Chopin. *de Privileg. rusticor. lib. 2, cap. 2. num. 4.*

V. Si conventum sit ab Ultrajectinis conjugibus, ut Hollandico Jure semet inter uterentur, an valeat mutua proprietatis donatio?

Unde apparet quid sit dicendum, si tabulis antenuptialibus nominatim sit conventum, ut insuper habitâ patrii Juris prohibitoriâ lege, integrum nihilominùs conjugi futurum sit conferre liberalitatem in alterum. Sed cùm, de ea quæstione, non una omnium sit sententia, operæ pretium est tractare eam paulò uberiùs. Sunt qui stipulationem hanc effectum debere sortiri contendunt.

VI. Quid si nominatim convenerit, ut liceret conjugibus sibi invicem gratificari, an subsistet prædiorum nostratium donatio?

tendunt. Menoch. *consil. 496, num. 109.* Boër. *ad Consuet. Bituricens. tit. 8, §. 1, num. 6, versic. sed quid si fiat.* Chassan. *de Rub. 4, §. 7, in verb. nisi aliter, num. 2,* qui tamen posterior loquitur de ejusmodi lege, quæ hanc exceptionem adjunctam habet, nisi in tractatu matrimonii aliter convenerit. Contra sunt plures, qui eam nullius momenti esse tenent. Scipio Gentilis, *lib. 4, de donat. inter vir. & uxor. cap. 3.* Argentr. *ad Consuet. Britan. art. 220, gl. 7, num. 1 & 2.* Louët, *en son Recueil, lit. M. cap. 4, in annotat. ad lit. A* Moulin, *sur les Coûtumes générales de Bourgogne, chap. des Droits & Appartenances, art. 26,* & videatur Goris, *in Adversariis, tract. 1, cap. 6, num. 20, in annotationibus quibus nuper ea locupletavit & ab eo allegatus* Charond. *in respons. lib. 13, cap. 86.* Et pro hac sententia palmarium argumentum est quod Argentreus vir impensè doctus deducit *ex leg. 4, C. de Donationib. propter nupt.* qua sine effectu esse sancitur, quicquid sponsæ eâ lege donatur, ut tum dominium ejus adipiscatur, cùm nuptiæ fuerint secutæ : unde multò minùs ea rata erit donatio, cujus non implementum, sed ipsa celebratio rejicitur in tempus matrimonii illicitum. Ad quem legem Gothofredus aliique regulam hanc relatam tradidêre, paria esse fieri aliquid tempore prohibito, & conferri in tempus prohibitum. Quanquam, ut hoc obiter percensèam, non immeritò miratur Argentreus *d. l. 4,* sine effectu pronuntiari donationem, quæ re ipsâ nihil contineat aliud quàm hanc notam conditionem, si nuptiæ fuerint secutæ, qua sub conditione donari sponsæ Jus non est impedimento, *l. 1, ff. de donat. §. 4, Inst. eod.* nisi forsan illud Argentreo regeramus, donationem illam sub conditione factam, si nuptiæ secutæ fuerint, perfectam esse ab initio, eo quod donator rei traditione sit defunctus, condicendæ iterùm, tanquam causâ datæ, causâ non secutâ, si spes matrimonii decollaverit : cùm alia in specie rejiciatur in tempus prohibitum ipsa dominii adeptio, in illud nimirum, cùm nihil eorum quæ spectant ad gratificationem, licet inter conjuges peragere; lege non permittente privatis Jus publicum pactis ita mutare, ut ipsis liberum foret actum aliquem tum celebrare, cùm Jure eum prohibentur exercere. Argent. *l. Juris gentium, §. & generalit. l. Jus publicum 38, ff. de pactis, l. quod bonis 15, §. frater ff. ad l. falcidiam.* Quibus convenienter, ait Ulpianus, ad sententiam prohibitoriæ orationis pertinere, si sponsus sponsæ donaverit, collatâ in tempus matrimonii donatione, *l. 32, §. 22, ff. de donat. inter vir. & uxor.* Certe irritam esse quamlibet conjugum sibi gratificandi reservatoriam clausulam, evincit ipsa prohibitoriæ illius legis ratio; sive enim ea sit, ut concordiæ ac famæ conjunctorum consuleretur, quæ fere Juris Romani fuit, sive ea potius, ne profusa conjugum erga se invicem liberalitas nimio hæredum legitimorum cederet dispendio, utralibet sane ratio conventioni illi super conjugali donandi facultate interpositæ refragatur : secundum quod à Curia nostra pronunciatum, & in revisione concordibus suffragiis conclusum est,

*in cauſa Caroli Conſtants nomine uxoris priùs nuptæ Diemeno Societatis Indiæ Præfecto ſupremo, & Petri de Gruyter cum ſociis.*

VII. Quid ſi alibi ſuppetant bona, quæ licuit conjugi in alterum conferre, an ex iis ſupplebitur quod per mores noſtrates donare conjux prohibebatur?

Quid autem ſi alia teſtatori bona ſuppetiiſſent noſtræ Juriſdictionis legibus non obnoxia, quorum donandorum ei Jus eſſet, debeturne ex iis bonis, tantundem ac donatum aut legatum eſſet, refici ac ſuppleri ſuperſtiti? pro negativa ſententia diſputat luculenter ac Friſiæ judicatum adducit Joannes à Sanden *Deciſ. Friſicar. lib. 4, tit. 4, defin. 4.* Et certe aliter ſi dixerimus plane redderetur inutilis ac eluſoria donationis prohibitoria lex. Nec eſt quod dixerit aliquis: legaſſet teſtator tantundem ex aliis bonis, quæ lege illâ non tenebantur, ſi donationem à ſe factam aliquando irritatam iri cogitaſſet, ut propterea dicendum jam ſit ex aliis bonis reſarciri oportere, quodcunque ſuperſtes de donatis nequiverit adipiſci. Verùm ea ratio ſi valeret, quandocunque contra leges, vel etiam citra legitimum modum, aut formam relictum aliquid, aut ordinatum eſſet, protinùs ad has voces confugeret legatarius. Conſtat de voluntate dare volentis; adjuvetur ea benigniter, ut ſi qua alia ſuppetat via, quâ voluntati ſatisfiat, accipiamus, eâ ut uteremur, teſtatorem voluiſſe. Atqui illa ipſa teſtatoris voluntas prorſus eſt in obſcuro; frequenter namque contingit homines de induſtria ejuſmodi aliquid ordinare, quod neutiquam lateat ipſos non habiturum vires, quo vel conjugalibus hæredipetarum lenociniis, aut vexationibus ſe liberarent.

VIII. An liceat apud nos pactis dotalibus bona ſuperſtiti relinquere?

Quod diximus licere nemini conferre vel rejicere confectionem in tempus prohibitum, in hoc quoque dictum eſto, ut contra tradendum ſit, ſi ſtipulatio nuptialibus tabulis inſerta, contineat actum, qui per ſe habeat perfectionem, ita ut nullus præterea alius actus poſtea ſit peragendus. Quare apud nos vel bonorum proprietatem pactis dotalibus in ſuperſtitem tanquam hæredem licet tranſcribere. Unde & ſi conventum eſſet dotalitii ſtipulationem pertenturam ad bona ubicunque ſita, ut maxime loci Statutum ejuſmodi dotalitium neſciat, recte diximus cum Burgundo *tract. 1, num. 52,* concedi ſuperſtiti actionem perſonalem, quâ compellat hæredes ad ejuſmodi conventionale dotalitium præſtandum: ſuam quippe ſibi firmitatem & complementum ſtipulatio iſta habet, nec ullus poſtmodum actus tempore prohibito venit celebrandus, ſed ſola promittentis exſpectanda mors, quâ promiſſi dotalitii dies veniat.

IX. Si ſcriptum ſit dotalitii ſtipulationem pertinere ad bona alterius territorii, dotalitium neſcientis.

X. Si convenerit inter noſtrates, neſtante matrimonio relinquant ſibi invicem uſumfructum, an pacto teneantur ſtare?

Nuper ex facto quæſitum memini, interpoſito apud nos connubiali pacto, ne unquam conjugibus fas eſſet ſibi invicem bonorum uſumfructum conſtituere, an ſubſiſtet datio, ſi poſtmodum recedere à pactis viſum fuerit conjugibus? Reſpondimus Juriſconſulti complufculi dationem valere, quod non impingeret in noſtratium leges uſusfructu tenus conjugalium donationum haud prohibitorias, ut eadem in cauſa apud nos hæc res ſit, atque ſi pacto antenuptiali apud Hollandos prohibita foret quævis om-

ninò inter conjuges donatio, quando tamen ibi, ni fallor, per ultimam voluntatem liberum esset ab eodem pacto recedere. Pariter apud nos, cùm cesset ratio, quæ pacta nostratia extra revocationis aleam constituit, ne nimirum ea res incideret in prohibitam proprietatis inter conjuges donationem, efficaciter suam illam voluntatem conjux erit immutaturus. Quemadmodum & Chopinus innuit pactis dotalibus non potuisse mutuo consensu derogari, ideircò judicasse Senatum Parisiensem, quod ea res contineret obliquam donationem viri in uxorem, quæ patria lege prohibeatur, *ad leges And. lib. 3, tit. 2, de connubiali bonorum consortio, num. 22, in fine.* Aliud tamen à præcedentibus dicendum, si pater pollicendo dotem pepigerit, ne vel in usufructu sibi invicem gratificarentur conjuges: quod unicuique liberum sit traditioni rei suæ eam legem adjicere, quam voluerit *l. 48, de pactis.* Quid autem si mulier de suo dotem dederit, parentesque ad interponenda pacta adhibuerit, ut fieri ferre assolet? Probata legibus distinctio est, parentum in favorem, vel iis gratificandi animo si id fecerit mulier, stare eam conventis teneri; sin autem ob mandatum magis, vel moris aut testandæ reverentiæ erga parentes adhibuerit (quod quoties de suo dotem dat mulier, factum esse Jura præsumunt *l. 72, mulier. §. ult. ff. de Jure dotium* & nos quoque in modo dictâ quæstione respondimus) posse mulierem arbitratu suo postea instrumentum dotale mutare *d. l. 72, l. Seja. de dot. prælegat. l. cum quis, nuptura de leg. 3,* & quæ porro præterea in hanc sententiam profert Costal. *ad l. cum maritus §. mulier ff. de pactis dotalibus.* Atque hanc tum sententiam super facto consultus unà cum aliis amplexus sum, me tamen non parum fluctuante; quod hâc pactione concordiæ matrimonii consultum voluerint contrahentes, ut quisque eorum, suo contentus, non habeat postea, de quo alteri molestiam extorquendæ donationis ergo, possit exhibere: ut vel hâc boni publici ratione pacta servanda esse non male nonnulli tenent. Vid. Goris *in Adverf. tit. 1, cap. 8. num. 7.* Ad hæc spectat illa conventio ad excludendas fraudes ac metum, qui inter tam conjunctas personas facile præsumitur interceſſisse, quod & solus torvus adspectus justum metum dicatur inter eas inducere: quorsum spectantia perpulchra sunt, quæ habet Mornac. *ad l. 26, §. 2, ff. de pactis dotalib.*

XI. Quid si pater pollicendo dotem, ejusmodi pactionem interposuerit.

XII. Quid si pactioni duntaxat adfuerit pater.

# TITULUS QUARTUS

## PARS ALTERA.

*De pactis occcurrentibus Juris diversitati, domicilio mutato.*

## CAPUT PRIMUM.

*De Pactorum effectu circa Statuta personalia.*

### SUMMARIUM.

I. *An valeat pactum, ne maritus citra consensum uxoris mutet domicilium?*

II. *An ne certum aliquem in locum migret?*

III. *Quid si pœna sit adjecta pactis, si maritus ea violarit?*

IV. *Quid si interfuerit mulieris alium in locum non abduci, ut si Trajecto demigret maritus in Hollandiam?*

V. *Si convenerit inter Hollandos, uti mulier dotem salvam habeat, iique domicilium postmodum transtulerint Ultrajectum, an creditoribus, debiti apud nos contracti nomine post obitum viri, in mulierem agentibus, pactio illa sit nocitura?*

VI. *Quid si repetito priori domicilio, maritus ibidem diem obierit, num vel tum creditoribus Ultrajectinis obfutura sit pactio?*

VII. *Obligandæ uxoris potestas, num communionis sit effectus, an verò Juris maritalis?*

VIII. *Si conjuges Ultrajectini concedant habitatum in Hollandiam, an à morte viri in uxorem agatur efficaciter ejus debiti nomine, quod apud nos contraxit illa, marito insscio?*

IX. *An si maritus contraxit, uxor teneatur duntaxat pro dimidia?*

X. *An Hollanda conjux, quæ domi sine viri contraxit auctoritate,*

*tranſlato poſtmodum in ditionem noſtratem domicilio, poſt mortem viri poſſit conveniri?*

EXPLICATA poſtremi Tituli Parte priori, quando non receſſimus à domicilio ſemel conſtituto, ſupereſt ejuſdem Pars altera, quâ ſecundùm præſcriptum nobis ordinem tractandum eſt, de domicilio aliò tranſlato. Unde prima, & quaſi partis hujus Præliminaris ſit inſpectio, an & quatenùs mutandi domicilii Jus, pacto aliquo circumſcribi queat, aut inhiberi. Conveniens igitur eſt, ut primò videamus, num pacto antenuptiali queat effici, ne uxor teneatur ſequi maritum, domicilium aliò transferre volentem, eove pacto obviam iri controverſiis migratione illâ excitandis: deinde mutato domicilio, quam vim habeant pacta conventa, quibus cautum eſt, quod Jus cujuſque loci ſuper conjugum Jure ſit inſpiciendum. An & quatenùs uxoris ſit ſequi ſolum vertentem maritum, attigimus ſupra. Nunc quæritur valeatne pactio, quâ inter contrahentes convenit, ne extra conſenſum uxorium fas ſit viro mutare domicilium. Sunt qui, cum poteſtate mariti, penes quem conſtituendi domicilii Jus eſt, adeoque cùm debita ei reverentia, pactionem hanc arbitrentur pugnare: cujus ſententiæ ſunt Covar. *de Matrim. part. 2, cap. 7, num. 5 & 6.* Maſuer. *de Nuptiis, pag. 335,* nec ab ea alienus videtur doctiſſimus Tuldenus *ad tit. C. de Nuptiis, num. 4,* qui vel ideo tenere hoc pactum negat, quod Jus infringat libertatis, Argent. *leg. Titio 71, §. 2, ff. de condit. & demonſtr.* Alii contra ſtandum eſſe conventioni affirmant, niſi gravi de cauſa poſt contractum matrimonium emergenti, mutetur domicilium. Mihi ſic videtur Maritalem poteſtatem quod attinet, licet ea in totum tolli nequeat, quo minùs tamen effectus ejus imminui, certave in re coarctari poſſit, Jus non eſt impedimento. Quemadmodum & ipſum Jus naturale, per ſe firmum licet & immutabile permaneat, in particularibus tamen nonnunquam circumſcribitur. Ita vulgata pacti dotalis cautio eſt, quâ marito, vel in totum, vel pro parte adminiſtratio rerum adimitur, vel facultas inhibetur uxorem obligandi, qui tamen ſunt hujus ipſius poteſtatis, ſeu naturales, ſeu civiles effectus, quâ de re ſuo loco agam pluribus. Cæterùm quod hîc libertatis naturalis imminutionem invitâ quæruntur fieri Juriſprudentiâ, non omninò eſt de nihilo: conſtat namque, *d. l. Titio* rejici conditionem, tanquam libertati inimicam, quâ jubetur legatarius certo in loco commorari perpetuò. Proinde labi eos non putaverim qui hâc promiſſione diſtrictè alligari maritum negent, futurum alioquin in ea cauſa, ut uni terræ, tanquam glebæ adſcriptus cogatur ætatem exigere: Scriptores laudat & ſequitur Mævius, *ad Jus Lubecenſ. lib. 1, tit. 5, artic. 10, num. 66.* Aliud tamen haud dubiè de ea promiſſione dicturus, qua certum aliquem in locum ſe non migraturum invita uxore ſpopondit maritus. Illa quippe promiſſio omninò libertatem tollit: imminuit duntaxat altera: manente hîc

I. An valeat pactum, ne maritus citra conſenſum uxoris mutet domicilium.

II. An ne certum aliquem in locum migret.

marito integrum, extra illum locum pactis exceptum, ſedes collocare, quocunque locorum libuerit. Quid autem ſi pœnam ſti pulationi adjecerit uxor, cum loci nimirum patrii affectione ducta eâ lege in matrimonium coïerit, ne abducere eam aliò Jus eſſet marito, pœnâ, ni pareat, impoſitâ: cujuſmodi fere pactiones interponere amant dotatæ mulieres, cum nubent pauperioribus, de quarum moribus Comicus verè non minùs, quam feſtivè.

*Nam quæ indotata eſt, in poteſtate eſt viri,*
*Dotatæ mactant & malo, & damno viros.*

Certè fides dotalium inſtrumentorum, quam ſanctè ſupra pacta quæcunque alia ſervandam paſſim docemur, adeo ut favore matrimonii quævis pactiones admittantur, referente Mornaco, *ad l. exigere dotem ff. de judiciis*, à marito exegerit, ut non temere aut frivola de cauſa mutare domicilium in animum inducat, aut ſecus ſi fecerit, pœna, ſi qua adjecta fuerit, committatur. Juſta verò cauſa noviter emergens, ſi ſuaſerit migrationem, dicendum videtur contra pactorum verba potiùs quàm contrahentium voluntatem commiſſurum abeuntem maritum: civiliter namque pactiones hæ ſunt exaudiendæ, ut tacite inſit hæc exceptio, citra gravem juſtamque cauſam; ut puta ſi maritus ob tyrannidem, adverſam valetudinem, ſoli vel cœli intemperiem demigret. Ita futurum puto, ut nec jus libertatis infringatur, *contra d. l. 71*, nec temere fides violetur pactorum. Ultra affectionis verò rationem, ſi interſit præterea mulieris, ne domicilium tranferatur, teneri dixerim maritum ad illud ipſum, quod uxoris ſit interfuturum. Unde nec longè abeunt tradita Gomeſ. *Reſolut. tom. 2, cap. 10, num. 24.* De Prætis *de Interpret. ultimar. volunt. lib. 4, num. 1. dub. 8, num. 55*, nequicquam contra ſcribente Barry, *de Succeſſ. lib, 17, tit. 19, ſub. num. 1.* Verbi gratiâ, ſi Ultrajecto concedat in Hollandiam maritus, ubi per loci leges, teſtamento libera eſt quævis conjugalis munificentia, quæ extra mutui uſusfructûs cauſam prorſus inhibita eſt apud Ultrajectinos; aut migret eo loci, ubi marito Jus eſt diſtrahendi res ſoli uxorias, quod apud noſtrates fruſtra conatur illiberis; vel ſi in loco contracti matrimonii obligandæ uxoris poteſtatem non habeat maritus, habeat alibi, quo eam ſit deducturus: utique libera licet & tum maneat marito domicilii transferendi facultas, præſtari tamen eum conveniet uxori, aut ejus hæredibus illud ipſum, quod illorum interfuerit migrationem inſtitutam non fuiſſe; quando hæc conventio non tam impugnet libertatem, quàm potiùs uxoris reſpiciat præjudicium, aut utilitatem nubentis; cujuſmodi pactiones conſtat tabulas antenuptiales admittere. Breviter itaque ut omnia repetam, ſarta tecta marito conſervetur quocunque migrandi libertas, cæterùm tamen citra uxoris fraudem.

III. Quid ſi pœna ſit adjecta pactis, ſi maritus ea violaverit?

IV. Quid ſi Ultrajecto concedat maritus in Hollandiam?

V Si inter Hol-

De transferendi domicilii poteſtate ſufficiat quæſiiſſe, ponatur

nunc illud in percunctando, an & quomodo dubitationes à Statutorum qua perſonalium, qua realium diverſitate emergentes pactis antenuptialibus anteverteris. Et de perſonalibus quidem ſit prima ſcriptio, nam & hîc nos ituros diximus per ordinem Capitum præcedentium. Scripſimus & hunc maritalis poteſtatis effectum eſſe, ut obnoxia reddatur mulier æri alieno à marito contracto. Quid igitur ſi Hollanda dotem ſibi ſalvam fore ſtipuletur, nexuque ſe ſolutam debitorum, quæ maritus contraxerit; quod per mores Hollandorum licere, dummodo & bonis quæſitis renuntiaverit vidua, atteſtantur Neoſtad. *de pact. antenupt. obſerv. 9*, & noviſſime Groenewegen *ad l. 30, C. de Jure dot.* Mutato poſtmodum domicilio, contrahentes ſe contulerint Ultrajectum, ibique conflaverit maritus æs alienum. Poteritne uxor, diſſoluto per mortem matrimonio, pacti dotalis illius beneficio Trajectinorum creditorum actiones excludere? Non putaverim: ſeparanda quippe cauſa contrahentium ab ea, quæ creditorum eſt. A mariti quidem hæredibus indemnem ſe mulier ſervari poſtulans, audienda eſt, quod & Ultrajecti hæ pactiones inter conjuges ipſorum reſpectu ſubſiſtant, à creditoribus verò ſe liberatam intendens, non item: non enim apud nos privatis contrahentium ſtipulationibus fraudem fieri permittimus creditoribus; in quorum favorem in utrumvis ex conjugibus, aut alterutrius hæredes mores noſtrates actionem in ſolidum accommodant, niſi propalam prævio cum Judicis conſenſu promulgatæ tabulæ, & per progammata in propatulo affixæ fuerint, de quo tuſiùs alibi. Unde dicendum eſt, licet ex ſtipulatu hoc connubiali perſonalis inter contrahentes oriatur actio, quâ ad implenda promiſſa utrinque tenentur; nequaquam tamen hoc cedere debere in præjudicium, aut diſpendium tertii, creditorum, qui pacti inter alios conventi juſtam obtendant ignorantiam, quibuſque ſatis ſit reſpexiſſe ad leges loci, ubi domicilium fovet is, quo cum contraxerunt, unde & ſtatus perſonæ ac conditio dirigitur.

landos conveniat, ut mulier dotem ſalvam habeat, utque poſtmodum domicilium tranſtulerint Ultrajectum, an creditoribus, debiti apud nos contracti nomine in uxorem agentibus pactio illa ſit nocitura?

Quid operetur ea conventio ipſorum reſpectu contrahentium, eorumve hæredum?

Succedat propinqua dubitatio. Hollandi patrio in ſolo, lege ſupra ſcriptâ paciſcuntur nuptias. Contractum Ultrajecti, quo poſt demigraverant, æs alienum, utroque conjugum, quâ ſtipulatione, quâ conſuetudine obligato. Reducto poſtmodum in Hollandiam domicilio, maritus ibidem in fata concedit. Conatur mulier conquæſitorum renuntiatione, ex adductis Hollandorum moribus, abire libera immuniſque omni ſocietatis ære alieno, adeoque etiam eo, quod à marito conflatum eſſet Ultrajecti, ubi per loci legem ſe non aliter mulier eodem exonerat, quàm ſi univerſis ceſſerit facultatibus, ac ignominioſo hoc actu defungatur, ut propalàm, eopſe tempore cùm funus ſit efferendum, domo ante exeat, veſtibus induta quotidianis. Speciem quandam propudioſæ bonorum ceſſionis eſſe dixeris, quibus & extra Jus More Romanorum cedi potuit, *l. ult. ff. de ceſſione bonorum*, Pro vidua quæſtionem plane conſimilem, quin & ubi locus con-

VI. Quid ſi repetito priori domicilio maritus ibidem diem obierit, num vel tum creditoribus Ultrajectinis obfutura ſit pactio?

tracti matrimonii ejuſmodi renuntiationem non admiſerat, adeoque in terminis fortioribus, Pariſiorum terminavit Curia, his quidem, ut apud Chopinum relatum eſt, *de Morib. Pariſ. lib. 2, tit. 1, num. 5*, impulſa argumentis. Traductis laribus, traduci quoque in legem novi domicilii mobilia omnia, adeoque & nomina actioneſque debitorum: cùmque in bona, onerave communia, uxorum Jus inchoetur à viri demùm deceſſu, qui rerum interim dominus prædicatur ſolus, intuendum potiùs videri domicilium, quod extet tempore ſoluti quàm initi matrimonii. Verùm rationes hæ tanti mihi non ſunt, ut eas auſim cum Kinſchotio *Reſponſ. 94, num. 4*, in rem meam vertere. Nam quod à morte demùm viri initium ſumere uxorium illud Jus Lutetiani Patres exiſtimaverint, contra ſe res habet: Jus quippe communionis protinùs ab ipſis matrimonii auſpiciis ad uxorem maritumque pertinet ex æquo, contractâ jam tum ejuſmodi ſocietate, quæ ſuperſtite utroque ſit in habitu, & alterutrius morte exeat in actum; adeoque reſpiciendum eſt ad tempus ac leges matrimonii contracti, ut ſciamus quam partem ferat in lucro, quam in damno. Verùm ſupervacanea eſt hæc reſponſio. A communione enim deductum argumentum quæſtioni omninò non quadrat. Palam eſt non profluere à rerum communione, ut mariti contractibus adſtringatur uxor, tum quippe viciſſim geſtis uxoriis teneretur maritus, eo quod utrumque conjugum, Jus communionis reſpiciat æqualiter, ac præterea vel illud argumento eſt uxoris obligandæ poteſtatem à bonorum ſocietate non proficiſci, quod hâc pactis exclusâ, poteſtas maritalis ceſſaret, cùm tamen conſtet nos uti alio Jure. Quare tota hæc obligandæ uxoris poteſtas effectus maritalis imperii, ac Juris adminiſtrandi eſt, ut quæcunque debita maritus conſtante matrimonio contraxerit, ea tam uxoris quàm ſuo nomine contraxiſſe habeatur, ad inſtar tutoris, recte obligantis eum, quem habet in poteſtate; quod & *Neoſtad. attingit de pactis antenuptial. obſ. 10, in notis, ibi, ob maritalem, poteſtatem. Cor. conſ. 7, lit. B.* Proinde de quæſtione videtur illud dicendum: cùm Ultrajecti, ubi æs illud alienum conflatum eſt, eâ obligandæ uxoris poteſtate maritus polluerit, ut debitis à ſe contractis in perpetuum teneatur uxor, Jus ſemel creditori quæſitum, per novi territorii leges nequaquam poſſe convelli; ne mulieribus alioquin via ſternatur, quâ ſemet domicilii tranſlatione conjugalibus debitis evelvant. Etenim illud conſtat, qui cum alio contrahit, vel eſſe, vel debere eſſe non ignarum ſtatûs aut conditionis ejus, utique metiendæ à loco, ubi foveat ille domicilium: nec enim neceſſe habet creditor reſpicere ad leges quorumcumque locorum, ubi debitorem aliquando contigerit domicilium inſtruere, vel animo ſecum ante peragere, quam ille tandem perſonæ conditionem ſit aſſumpturus. Et certe cum debitorum pactionibus creditorum petitiones nec tolli, nec imminui ſit reſponſum, *l. 25, de pactis*, quî poterit id effici per migrationem, à ſolo debitoris animo ac voluntate

VII. Obligandæ uxoris poteſtas, num communionis ſit effectus, an verò Juris maritalis?

voluntate dependentem. Fecit celeberrimæ Curiæ ſententia, ut quæſtioni nimiùs inhæſerim, cujus alioquin veritas, ut mihi quidem videtur, ſatis eſt in aperto.

Ex ſuperioribus proclivior erit ſequentium controverſiarum definitio, quibus licet pactum nullum intercurrat, malui tamen eas, ob decidendæ rationis communitatem, prioribus ſubjicere, quàm prætermiſſas ſuo loco, omninò non ponere. Per mores Hollandorum nullius momenti eſt inita abſque viro auctore obligatio, ut ne quidem à morte viri uxor ex illa teneatur. Per leges verò Ultrajectinorum Jus creditori non redditur conſtante matrimonio, acturo tamen efficaciter in mulierem, eo diſſoluto. Fac nomen apud nos, patrio in ſolo, ſine marito contraxiſſe mulierem, collocaſſe poſtmodum domicilium apud Hollandos, ibique obiiſſe diem. Dicemuſne mulierem Ultrajectini illius creditoris actionem ex novi domicilii lege eliſuram, an verò teneri eam legibus noſtratibus, ubi & æs alienum contractum, & domicilium erat. Ex modo allato Pariſiorum decreto conſequens eſſet dicere, nomina, unà cum perſona haberi tradu&ta in novi domicilii legem, ut inſpiciendum veniret matrimonii ſoluti tempus. Verùm quotusquiſque non videt iniquam hoc pacto inferri conditionem creditori. Liberrima quidem cuique eſt domicilii tranſlatio, mutare autem conſilium in alterius injuriam non eſt *l. nemo poteſt 75. ff. de Reg. Jur.* Plane ſi novi domicilii aſſumptio retrahenda foret ad anteriora Jura ſemel utiliter conſtituta, tertii diſpendio, protinùs à morte viri obæratæ hoc pacto mulieres avolarent in Hollandiam creditores Jure ſuo defraudatum. Conſimiliter dicendum eſt de eo quod apud nos maritus contraxerit, nimirum non pro dimidia parte teneri mulierem illam ex Jure Hollandico, ſed in ſolidum more Regionis noſtratis, ubi & contraxit maritus, & id temporis fovet domicilium.

VIII. Si conjuges Ultrajectini concedant habitatum in Hollandiam, an à morte viri in uxorem agitur efficaciter ejus debiti nomine, quod apud nos contraxit illa, marito inſcio.

IX. An, ſi maritus contraxerit, uxor teneatur duntaxat pro dimidia?

Ex adverſo Hollanda conjux, inconſulto quæ contraxit marito, poteritne ea tranſlato apud nos domicilio, conveniri poſt obitum viri? nequaquam: cùm enim ab initio non conſtiterit obligatio, tractu temporis, aut domicilii mutatione non convaleſcet. Quemadmodum enim non adimendum eſt creditori Jus, quod ante quæſierit, ita quoque abſurdum foret acquiri ei actionem, quam priùs non habuiſſet, cumque reſponſum ſit ab Imperatoribus *in d. l. 25. ff. in pactis*, debitorum pactionibus creditorum pactiones nec tolli nec mutari poſſe, nec poterit id effici ullâ domicilii tranſlatione, quæ in ſolius debitoris declaratione tota conſiſtit, ut ſcripſimus ſupra.

X. An Hollanda conjux, quæ domi ſine viri contraxit auctoritate, tranſlato poſtmodum in ditionem noſtratem domicilio, poſt mortem viri poſſit conveniri?

# CAPUT II.

## *De Pactis mutato domicilio occurrentibus Juris diversitati circa Statuta mere realia.*

## SUMMARIUM.

I. *Apud Hollandos licet pactis conventis, quibus pater redimit maternam liberorum hæreditatem, constituere modum succedendi iis ab intestato.*

II. *An valeat ibidem pactio, quâ convenit, ut materna linea proximi, non pater pupillo, succederent?*

III. *Quid si interposito pacto demigraverit pater Ultrajectum, ibique pupillus moriatur, an succedetur ei ex pacto, an ab intestato juxta morem nostratem?*

IV. *Quid si nostras se habitatum contulerit ut Hollandiam, an convaleſcet inutiliter apud nos interposita pactio?*

V. *Quid si nostras proficiscatur in Hollandiam, ibique super successione paciscatur?*

VI. *Illicitum domi reditum, stipulans foris, ubi talis reditus frequentatur, num sit frustra?*

VII. *Apud nos fors una cum usuris exigitur, si alibi contracta sit obligatio, ubi eo Jure utuntur.*

VIII. *Pactitia communio num comprehendat lucrum statutarium?*

A Personalibus Statutis progrediamur ad realia: cujusmodi ea esse diximus, quibus modus constituitur succedendi ab intestato. Quomodo autem pactis introducatur alius à patrio succedendi modus, jam aperuimus. Illud hoc Capite quærendum est, an domicilii mutatio Juris aliquam mutationem pactis invexerit. Si utrobique locorum eadem pacta frequententur, non video, qui quæstioni poterit esse locus. Quare sit ejusmodi species oportet, quâ diversa de pacti validitate constituunt relicti, assumptique domicilii leges. Exemplum nobis suppeditavit causa nuper apud nos in Curia ventilata, cujus & alibi mentionem fecimus, nam multas ea lis inspectiones habuit. Apud Hollandos patrem pupilli inter & ejusdem tutores, pactis illis conventis, quibus certâ summâ maternam hæreditatem redimunt patres, licet constituere, quem succedendi ordinem decedens ab intestato pupillus sit habiturus; haud aliter atque idem ordo pactis introducitur antenuptialibus: quod eâ ratione receptum notat Grotius in Manuductione, ut permoverentur patres summam eo ampliorem liberis

I. Apud Hollandos licet pactis conventis, quibus pater redimit maternam liberorum hæreditatem, constituere modum succeden-

erogare, quod Jus ſuccedendi ab inteſtato ſibi pepigerint, nec ea res pupillis eſt fraudi, liberam teſtandi facultatem retinentibus; quæ tamen viri magni ratio ſi valeret, nullius momenti foret in propoſito ſtipulatio, utpote qua convenerat, ut maternæ lineæ proximi, non pater, pupillo hæredes eſſent, adeoque non in commodum, ſed in detrimentum pupilli cederet è converſo ejuſmodi interpoſita ſtipulatio. Verùm cùm politica Hollandorum ordinatio non utatur eâ ratione, ſed generaliter ratum eſſe ſancit quicumque tandem ordo ſuccedendi ab inteſtato tabulis illis redemptionis conſtituatur; magis viſum eſt Curiæ ad Grotianæ rationis normam cauſæ deciſionem non oportere exigi. Itaque illud duntaxat in allata quæſtione remanſit, quod ad præſens caput facit. Cùm pupilli illius pater interpoſito pacto demigraverit Ultrajectum citra fraudem, propterea quod apud nos ſibi faciliùs agendi commoditas eſſet, ac more noſtrate pupillo hæres ab inteſtato in bonis ſibi jam acquiſitis pactis illis non detur, quemadmodum & Jure civili de tertii hæreditate non conſentiente illo, fruſtra pepigeris, num domicilii tranſlatio pactum ſuper ſucceſſione apud Hollandos rite interpoſitum, poterit convellere: quod omninò negandum arbitramur. Quamvis enim videri poſſit attendendas eſſe leges loci, ubi pupillus deceſſit, ut videatur an aliquis ſit vocatus ad ejus hæreditatem (de mobilibus loquor) adeoque pactum illud Hollandicum non debere obeſſe iis, qui per legem domicilii ſint ſucceſſuri, cùm tamen ſubſtiterint illa pacta, vireſque ſumpſerint ab ipſo interpoſitionis initio ad inſtar conventionum aliarum, quæ collatæ ſunt in tempus mortis, contra quam in ultimis obtinet voluntatibus, vires ante non capientibus quàm teſtator obierit, omninò dicendum eſt ſolâ patris migratione non irritari conventionem ante legitime initam: eo magis, quod ne vel expreſſâ contrariæ voluntatis interpoſitione revocare valeat pater, aut diſſolvere pactum cum aliis initum; multo minùs id effecerit ſolâ duntaxat migratione, detrimento aliorum, qui ſecum contraxerant. Per contrarium, ſi diſſoluto apud nos matrimonio pater ſuperſtes ejuſmodi pactum interpoſuerit Ultrajecti, & poſtmodum domicilium tranſtulerit in Hollandiam, ac pupillus illic apud ſe deceſſerit, ſuſtinebiturne pactum? non videtur: cùm enim illud ab initio non tenuerit, quî poterit ſolâ migratione, aut tractu temporis convaleſcere? hoc namque conſtat, utilis an inutilis ſit ſtipulatio, metiendum eſſe à legibus loci contractûs. Burgund. *tract. 4, num. 10.* Quid igitur ſi conjuges apud nos habitaverint, alterque eorum ibidem devixerit, pater autem ejuſmodi pactum cum liberorum tutoribus celebratum iverit in Hollandia, validumne illud erit, eo quod ſtipulatio regatur à loco contractûs? Utique quoad perſonas contrahentium, patrem inter & tutores, qui apud Hollandos contraxerunt, non autem ſi tempore mortis pupilli exiſtant alii, quos lex ſucceſſionis ad hæreditatem vocaverit: licet enim

di iis ab inteſtato.

II. An valeat ibidem pactio, quâ convenit ut maternæ lineæ proximi, non pater, pupillo ſuccederet?

III. Quid ſi interpoſito pacto demigraverit pater Ultrajectum, ibique pupillus moriatur, an ſuccedetur ei ex pacto, an ab inteſtato juxta morem noſtratem?

IV. Quid ſi noſtras ſe habitatum contulerit in Hollandiam an convaleſcet inutiliter apud nos interpoſita pactio?

V. Quid ſi noſtras proficiſcatur in Hollandiam, ibique ſuper ſucceſſione pacificatur?

apud noſtrates is modus obligandi non frequentetur, ſuffecerit tamen ubicunque adeſſe perſonæ capacitatem ad obligationem, contrahentis reſpectu, roborandam : ſtatus quidem aut conditio perſonarum dirigitur à loco domicilii : cæterùm tamen in vinculo cujuſque obligationis, ut ſciamus, quos obliget conventio, ſpectamus leges regionis, ubi illa celebratur, idem *d. tract. 4, num. 8.* Quemadmodum & in illicita ſtipulatione quæ legibus eſt interdicta, ut puta; ſi debitum modum uſurarum excedit, traditum eſt valere pactum, quo foris ſecundùm mores illius regionis ſtipulati ſumus prohibitam domi uſurarum quantitatem *dicto num. 10.* Unde non longe abire videtur, quod memini nuper apud nos reſponſum eſſe, ſi contracta ſit eo loci obligatio, ubi ſortem liceat exigere cum uſuris, ut maxime jam earum aliquæ eſſent perſolutæ, Jure caput cum uſuris & apud nos exigi, ubi uſurarum ſolutione protinùs via petitioni ſortis præcluditur, locumque ſibi vindicat decantata adeo parœmia. . . . . Hæc ita de bonis mobilibus. In immobilibus perpetuum eſt, ut ſpectemus leges rei ſitæ. Ita Hollandi fruſtra fuerint, ejuſmodi pactum de rebus interponentes Ultrajectinis. Noſtrates verò, de rebus in Hollandorum ſolo ſitis, non item. Cum enim res ſoli in ſuccedendo legem accipiant à loco ubi conſtitutæ ſunt, non poterit hæredibus pupillo ſucceſſuris præjudicium aliquod inferri pacto aliquo in loco rei ſitæ non frequentato : ſequimur quidem quoad formam aut ſolemnitatem actus, etiam in rebus immobilibus, leges loci ubi conficitur, ſed ut ille ipſe actus in univerſum quoad ipſam ſubſtantiam aut materiam, in loco rei ſitæ non frequentatus, aut validus alibi celebratus, ſubſiſtat, nulla ratio efficit : quemadmodum & eam teſtandi formam, aut ſolemnitatem ſuffecerit adhibuiſſe, quam requiſiverit locus, ubi ſuprema contigerit ordinare : non tamen propterea teſtationem valere dixeris, de rebus ſitis in Geldria, teſtationem in univerſum de iis non agnoſcentibus : ut latiùs adſtruximus alibi.

VI. Illicitum domi reditum, ſtipulans foris ubi talis frequentatur, num ſit fruſtra.

VII. Apud nos ſors una cum uſuris exigitur, ſi alibi contracta ſit obligatio, ubi eo Jure utuntur.

Retulimus *tit. 2, part. 2, cap. 4, num. 6*, lucrum ſuppellectilis patriâ lege tributum conjugum ſuperſtiti, præcipi videri Jure quodam ſucceſſionis aut legati legalis : unde non inconveniens erit quæſtionem eo ſpectantem huic capiti potiùs ſubjicere, quàm rurſus ad eum referre locum qui tractat de Statutis concernentibus actûs ſubſtantiam. Fac Friſium coïre in nuptias cum conjuge Ultrajectina, ſtipulatâ utrinque pro moribus uxorii loci bonorum communione, deinde demigraſſe conjuges in Hollandiam, maritumque ibidem occumbere. Quæritur, cum & illud Ultrajectinâ ordinatione cautum ſit, ut cedant ſuperſtiti res quædam mobiles, num ablatura ſit eas mulier ex patriis Trajectinorum conſtitutionibus? Judicatio in eo eſt. Num pacta illa ſecundum mores noſtrates communione veniat & ea ſuppellex, quæ conjugum ſuperſtiti præcipui Jure apud noſtrates defertur, Chopinus *ad leges Andegavenſes, lib. 3, tit. 2, num. 16*, profert in quæſtionem conſimilem unius litis duo decreta, alterum Vindiciarium, quo ſi-

VIII. Pactitia communio num comprehendat lucrum ſtatutarium?

cubuit vidua, definitivum alterum, quo obtinuit : & quidem laudat ille arreſtum, duplicique communit argumento, primo ex eo quod communionis expreſſa pactio includat & ſtatutarium ſuperſtitis lucrum, deinde quod lucrum hoc à dubio reciprocæ ſpei dependeat eventu, qui invidiam omnem à tali emolumento amoliatur. Verùm, an non contra ſit dicendum, ſaltem apud noſtrates, videamus. Nam quod de ancipiti eventu profert vir doctus, ad rem non pertinet: quippe in eo non eſt quæſtio, lucrativa ex cauſa proficiſcatur hoc emolumenti genus, an ex oneroſa, ut propterea vel magis vel minus habeatur favorabile. Verùm in eo cardo vertitur, utrùm communionis illa ſtipulatio complexa ſit & mobilium lucrum, viduæ alioquin ex domicilii moribus non adjudicandum. Quod ego longe rectius negaverim, quàm pro palmario argumento affirmative produxit Chopinus. Duo quippe ſingularia diſtinctaque plane ſunt, rerum inter conjuges communio, & lucrum quorumdam mobilium ſuperſtiti debitum, ut hæ duæ cauſæ lucrativæ, citra expreſſam ſtipulationem, non veniant commiſcendæ. Poſtremò apud nos communioni conjunctum non eſſe lucrum illud ſtatutarium vel inde palam eſt, quod cedat ſuperſtiti, ut maxime foret excluſa connubialis inter conjuges ſocietas; eoque Jure utimur quotidie, compluribus Curiæ noſtræ arreſtis combato. Quod argumento eſt lucrum illud nihil habere commune, cum rerum inter conjuges communicatione. Proinde fiduciarium decretum prius, anteſtare definitivo poſteriori non periclitor dicere : quemadmodum hodieque contingit, ut ſententiæ bene latæ reformentur in pejus.

## CAPUT III.

*De Pactis versantibus circa solemnitatem actûs, domicilio mutato.*

PACTIS privatorum non posse derogari Juri publico seu formæ, aut solemnitati per leges ad actûs cujusque confectionem adhibendæ, parte superiori explicavimus. Quemadmodum & à nobis Titulo præcedente traditum est, formam semel legitime in celebratione actûs observatam non labefactari, translato eo loci domicilio, ubi illa forma non agnoscitur. Unde consequens est dicere locum non dari controversiis ullis quà quæreretur, utrùm pacto possit occurri diversitati Juris, quæ circa solemnitatem actûs per domicilii mutationem excitaretur: quare properamus ad Caput sequens.

# CAPUT IV.

## *De Pactis occurrentibus Juris diversitati, mutato domicilio circa actûs substantiam.*

PACTA conventa personalium Statutorum diversitati occurrentia, ita demùm rata esse diximus, si admiserint ea leges territorii, cui persona cum contrahit, aut alienat, per domicilium est supposita. Realium Statutorum diversa ratio est, ut ita demùm connubialis eorumdem sustineatur derogatoria conventio, si leges loci rei sitæ pactorum validitati non repugnent. Quid autem si pactis Hollandorum antenuptialibus comprehensum sit licere: quandocumque libuerit conjugi constante matrimonio, conferre liberalitatem in alterum, ac post eos transmigrasse Ultrajectum, ubi vetita est vel per ultimam voluntatem conjugalis munificentia, ibique scriptis semet invicem hæredibus, alterum eorum decessisse. Validane erit hæc dispositio quoad res mobiles? (immobiles enim dijudicari lege loci ubi constitutæ sunt ante diximus.) Non videtur: cùm enim actus lege nullus sit, quî poterit vi pacti alicujus sustineri. Pendet quippe quæstionis definitio ex eo quod diximus supra, paria esse fieri aliquid tempore prohibito, & conferri in tempus prohibitum, nec ullam omninò Juris mutationem inducit hîc domicilii mutatio. Sed quid si in Hollandia peracta gratificatio, conjuxque collocato apud nos domicilio vitâ functus fuerit? Ne hanc quidem liberalitatem valere dixerim; cùm enim tempus obitûs inspiciendum sit, ut videatur an conjuges donationis inter sese capaces sint, utique pactio illa liberalitatem non sustinebit: ad actûs enim substantiam formamque juxta pertinet quod diximus, neminem posse facere ne leges in testamento suo locum habeant.

FINIS.

# AVIS.

*RODENBURGH a employé dans ſon Traité quelques maximes & paſſages, qu'il cite en Langue Hollandoiſe. Comme ces paſſages & maximes n'éclairciſſent point les queſtions propoſées par l'Auteur, on a cru devoir les ſupprimer. D'ailleurs peu de perſonnes en France les entendroient, & ceux même à qui cette Langue eſt familiere, n'en tireroient pas un avantage réel, ni de grandes lumieres.*

INDEX

# INDEX

*Rerum quæ in hoc Rodemburgii Tractatu continentur.*

## A.

AGUENTRÆUS laudatur, pagin. 2 & *alibi passim.*

## B.

BONA dividuntur ex lege loci ubi sita sunt, 4 & 5.

Burgundus laudatur, 7 & alibi passim.

## C.

COMMUNIO bonorum conjugalis perdurat, licet eò loci demigraverint conjuges, ubi illa non agnoscitur..... 66. Quid, si tùm eam expressim resolverint conjuges, 67. Bonorum consuetudo quà pactitia, quà consuetudinaria an locum habeat in bonis alterius territorii, ubi illa non obtinet, 41 & seq.

Conjuges Hollandi sibi invicem bona relinquere non possunt sita Ultrajecti, 35 & seq. Conjuges si stipulati sint ut liceret stante matrimonio sibi invicem gratificari, an subsistat prædiorum Trajectinorum donatio, 80. Conjuges Ultrajectini sibi invicem relinquere possunt bona constituta in Hollandia, 36. Conjuges Ultrajectini, quid si pepigerint ut Hollandico Jure semet inter uterentur, 80. Conjugibus an liceat sibi invicem donare usumfructum, si pactis antenuptialibus stipulati sint ne liceret, 82. Conjugibus apud Ultrajectinos pactum antenuptiale mutare non licet nec apud Hollandos quoque, nisi ultimâ voluntate, 75.

Creditoribus de proprietate contendentibus, cujus loci Jus spectandum, 47.

Curatore hærede à minore instituto in immobilibus, qui major decessit, an convalescat institutio, 65.

# D.

DOMICILIUM an liceat viro mutare, si pactum sit ne mutetur, 85. An si pactum sit ne migret in certum locum, *ibid.* & pag. 86. Et quid si mulieris interfuerit aliò non abduci, 86. Domicilium an mutare possit maritus in uxoris dispendium, 56. Domicilio mutato, mutatur unà Jus succedendi ab intestato mobilibus, 59. Domicilium si mutaverit tutor, an succedatur pupillo ex moti domicilii legibus, 60. Domicilium si quis eò loci transtulerit ubi ex lege loci minor esset, an desinat esse major, 57. Domicilium si quis pluribus habeat locis, ex qua lege succedatur ejus mobilibus, 15. Domicilio translato eò loci ubi communio bonorum non obtinet ea, non extinguitur, 66. Quid si eam expressim resolverint conjuges? *ibid.* Domicilio translato eò loci ubi in testando aliæ desiderantur, solemnitates testamentum alibi conditum non irritatur, 61. Quid si testamentum Jure singulari sit conditum, & testator eò loci demigraverit ubi Jure communi fit testatio, *ibid.* & p. 62. Domicilio translato eò loci ubi vetita inter conjuges liberalitas, irritatur facta alibi gratificatoria dispositio, 64.

Donatione inter conjuges prohibitâ, an paciscì liceat pactis antenuptialibus ut liceat donare? 80 & 81. Donatione inter conjuges prohibitâ, an supplebitur ex bonis aliundè sitis ubi licita est gratificatio, si sibi invicem bona relinquerint, 82.

Dos quomodo exigatur, si pactum sit ut secundùm Consuetudinem loci alterius præstetur? 79, 80.

Dotalitii Jura à quo loco metienda, 67. Dotalitii stipulationem quid si scriptum sit pertinere ad bona alterius territorii, dotalitium nescientis, 82.

# E.

EMPHYTEUTA an testetur sine licentiæ litteris, 30. Emphyteuta non testatur ad pias causas sine consensu domini ex pacto requisito, 32.

# G.

GELDRIS de bonis Ultrajecti sitis testari licet, 37.

# H.

HÆREDES scripti à testatore quos Jure hæredes esse oporteret, an accipiendi quos vocat ordo succedendi, ab intestato inductus pactis parentum antenuptialibus, an verò qui per legem loci sunt proximi?

77. Hæredibus inſtitutis quos habiturus eſſem ab inteſtato, quales vocaverim?

## J.

Jus ſuccedendi ab inteſtato mutatur unà cum domicilio quoad mobilia, 59.

## L.

Legatum quod dederit uxor privatâ ſcripturâ, non valet, ut maximè teſtator præcedenti teſtamento ſcripſiſſet velle ſe rata eſſe quæcumque ad eum modum daturus eſſet, 78.

Legitimæ detractio parentibus nec ſuo, nec liberorum nomine competit, ſi pactum ſit ut bona redirent ad latus unde venerunt, 75, 76.

Licentiæ litteris an indigeat teſtans in piæ cauſæ favorem, aut inter liberos, 31. An Ultrajectinus, teſtans extra locum domicilii de bonis in eo ſitis, 29. Licentiæ litteris quomodo opus habeat Vaſallus, 32. His non indiget qui teſtatur de bonis extrà Provinciam ſitis, etiam in judicio, 28, 29. Licentiæ litteris opus habet qui apud Judicem Civitatis, aut pagi, teſtatur de bonis extrà ejuſdem territorium conſtitutis, 25, 26, qui teſtatur coram Curiâ de mobilibus, 26. Conjux conjugi relinquens uſumfructum apud Judicem ſui pagi: vix autem coram judicio Ultrajectenſi, *ibid.* Licentiæ litteris quomodo indigeat qui teſtatur de agro Emphyteutico, 30, 31.

Lis ſuper maximâ bonorum parte, ſeparationi inter conjuges cauſam præbet, 57.

Lucrum quod conjux ſuperſtes apud Ultrajectinos Jure præcipui capit, à quo loco metiendum, 69, 70.

Lucrum ſtatutarium an comprehendatur ſtipulatione communionis? 92.

## M.

Major Ultrajectinus an alienare poſſit bona apud Hollandos ſita, 12. Mariti poteſtas circa venditionem, hypothecæ conſtitutionem, ac alienationem immobilium apud Ultrajectinos, 39, 40. Marito an liceat mutare domicilium ſi pactum ſit ne mutet, ne in certum aliquem locum mutet? 85 & *ſeq.* Maritus ex lege domicilii contrahendo uxorem non adſtringens, non obligat eandem, contrahens alibi ubi ſtatuta maritalibus debitis uxores involvunt, 72. Maritus Ultrajectinus validè citrà uxorem alienat res Hollandicas, 39. Major collocans domicilium aliò loci ubi per ætatem necdum eſſet major, fitne iterùm minor? 57. *Vid.* Domicilium.

Minor apud Hollandos an alienet bona Ultrajecti ſita? 12. Minor apud Hollandos non contrahit Ultrajecti ibi major eſſet, 11. Minor Hollandus concedens habitatum Trajectum ubi per ætatem eſſet major, an exeat tutelâ? 57. Minor prohibitus immobilia relinquere curatori, non rectè legat reditus à Provinciâ debitos, 16. Minor ſi ſcripto hærede curatore, poſtmodum major diem obierit, an convaleſcat inſtitutio? 65.

Mobilibus ex cujus loci lege ſuccedatur, ſi quis pluribus locis habeat domicilium, 14, 15.

Mulier celebratis in Hollandiâ nuptiis eâ legè ut dotem ſalvam habeat, demigrat cum viro Ultrajectum, ac ibidem contrahit æs alienum, an ex legibus novi domicilii à morte viri poſſit conveniri? 86, 87. Quid ſi rurſùs repetierint Hollandiam, ibique vir moriatur, 87, 88.

## N.

Nomina in ſucceſſionibus unde legem accipiant, 14, 15. Nomina provincialia minor non legat curatori cui vetatur relinquere immobilia, 16, 17.

## P.

Paciſci licet illicitum domi reditum foris ubi talis reditus frequentatur, 92.

Pactis antenuptialibus licet donare bona conjugum ſuperſtiti, 82. Pactis non nullis diverſoriis æque ac antenuptialibus licet apud Hollandos ordinem inducere ſuccedendi ab inteſtato, 90, 91. Pactum an valeat ut paternæ lineæ proximi, non pater pupillo ſuccederet, 91. Quid ſi poſt mutatum fuerit domicilium? *ibid.*

Pacto parentum antenuptiali, certo introducto ſuccedendi ordine *ab inteſtato* ſi ſcripſerint, liberi hæredes *quos Jure oporteret*, an vocati quibus ex pacto deferretur hæreditas, an quibus addicit eam lex ſucceſſionis, *ab inteſtato*, 77. Pactum antenuptiale apud Hollandos licet mutare ultimâ voluntate, non contractu: apud Ultrajectinos neutro modo, 75. Pactum antenuptiale quo cautum eſt bona reditura ad latus unde provenerunt, non inducit Fideicommiſſum, ſed ordinem duntaxat denotat ſuccedendi ab inteſtato, 74. Pactum an valeat ne maritus citrà conſenſum uxoris mutet domicilium? 85. An, ne certum aliquem in locum migret, *ibid.* & fol. 86. Quid ſi pœna ſit adjecta, *ibid.* Quid ſi mulieris interfuerit alium in locum non abduci? 86. Pactum ſi ſit alibi ubi ſtipulatio valet ut ſors unà exigatur cum uſuris, etiam apud Ultrajectinos ſors exigi poterit? 92. Pactum ſi ſit ab Ultrajectinis conjugibus ut Hollandico Jure ſemet inter uterentur, an valeat mutua proprietatis donatio? 80. Pactum ſi ſit eò loci ubi prohi-

bita conjugum gratificatio extrà mutui uſusfructûs cauſam, ne ſtante matrimonio eundem ſibi invicem relinquant conjuges? 82. Pactum ſi ſit interpoſitum ab Hollandis ut mulier dotem ſalvam habeat, an tuta ſit illa adverſus mariti creditores quibuſcumque contraxit vir Trajectinâ in Diœceſi in quam domicilium tranſtulerant? 86, 87. Quid ſi repetito priori domicilio maritus ibi diem obierit? 87. Pactum ſi ſit ut dotalitii ſtipulatio pertingat ad bona ubicumque ſita, quid operetur? 82. An valet pactum ut dos exigatur juxta alterius loci conſuetudinem? 79, 80. Quid ſi pactioni repugnet locus rei ſitæ? 80. Quid de pacto ut liceat conjugibus ſibi invicem gratificari, nonobſtante lege prohibitoriâ? 80, 81. Pactum ut mulier lucretur dotalitium quod per mores præfinitur, quos mores deſignet? 80.

Pater redimens maternam liberorum hæreditatem, poteſt eis modum præſcribere ſuccedendi ab inteſtato, 90.

Privilegia creditorum à quo loco metienda, 49, 50.

Prodigus domi declaratus nullibi contrahit, aut alienat, 12.

Pupillo an ſuccedatur ex novi domicilii legibus quò pater cum eo conceſſit habitatum? 59, 60. Quid, ſi tutor id fecerit animo aliis hæreditatem intervertendi? 60.

## R.

Reditus ab ordinibus legitime profeſſi dividuntur ex more loci ubi debentur, 15. An vir eos leget uxori, ſeu minor curatori? 16, 17. Reditus hypothecâ innixi perpetui juxtà ac temporales annumerantur immobilibus, 15.

## S.

Solemnitates teſtamenti, quæ ſint obſervandæ? 19 & ſeq.

Statuta perſonalia, quæ? quæ realia? an dentur mixta? quæ vis & efficacia Statutorum ſeu perſonalium, ſeu realium? quodnam hæc inter diſcrimen? 4, 5, 6 & ſeq. Statutum quod vetat contrahere, alienare, cujus naturæ? 8, 9. Statutum in res ubicumque ſitas ſcriptum, forenſibus bonis legem non ponit, & quid ſi expreſſim reſiſtat Statutum rei ſitæ, 37. Statutum ne conjux conjugi leget, an reale? 34. Statutum Trajectinum ne conjux conjugi leget, an conſtringat exteros ratione redituum quos ordines Trajectenſes legitime ſunt profeſſi, 15.

## T.

Testamenti reſpectu, quomodo æſtimetur hæredis capacitas? 64, 65. Teſtamentum, an valeat conditum extrà locum rei ſitæ, ſed juxta ejuſmodi ſolemnitates, 21. Variæ Solemnitates teſtamentorum, 18.

19.... 59, 60, & alibi paſſim. An corruit teſtamentum, tranſlato eò loci domicilio ubi aliæ ſolemnitates deſiderantur, 61 & ſeq. Teſtamenti privilegiati, quæ vis? *ibid.* Teſtamento ſi quis ſcripſerit ſe velle ea rata eſſe quæcumque legata privatâ ſcriptnrâ poſt eſſet daturus, an debentur legata? 78. Teſtari non licet de bonis eò loci ſitis ubi major quàm in loco domicilii, ad teſtandum ætas deſideratur, 38. Teſtari an liceat Emphyteutæ, Vaſallo, ſine conſenſu domini, ad pias cauſas, 30, 31, 32.

Tutor an habeat Jus mutandi domicilii? 57, 58. Tutor cui minor reliquit immobilia, qui non mutato teſtamento major deceſſit, an ea capere poſſit? 65. de mutatione domicilii minoris, à tutore factâ, 59, 60.

## U.

UXOR migrans cum viro aliò ubi in poteſtate viri maritatæ non ſunt, ſicut & è converſo, an ſtatum mutet? 56.

Uxor ut à viro obligetur, non communionis, ſed Juris maritalis effectus eſt, 88.

## V.

VASALLUS delinquens, quomodo puniendus? 53.

Venia ætatis, ubique locorum effectum producit, 9.

Vir Trajectinus illiberis an poſſit alienare res ſoli Hollandicas ſine Uxoris conſenſu, 39.

FINIS.

---

## MONITUM.

*Menda quædam irrepſerunt in hujuſce textum Operis, dum Typis mandaretur; ſed cùm leviſſima ſint ut plurimùm, lector quiſquis Rodemburgium legendo, poterit aſſequi latinè ſcribentem, hac ipſa menda, non operosè quidèm, expunget.*

---

*Errata du ſecond Volume.*

Page 104, ligne 28, *à Pariſienſi, ſive*, liſez, *à Pariſienſi Cive.*
Ibid, ligne 38, *ſecundùm*, liſez, *ſecundum.*
477, ligne 33, *permiſſæ*, liſez, *permiſſas.*
488, ligne 39, *ſpectent*, liſez, *ſpectant.*
495, ligne 16, *ſit*, liſez, *ſit.*

*Nota.* S'il y a quelques autres fautes d'impreſſion, elles ſont légeres, & le Lecteur voudra bien les corriger.

# *APPROBATION.*

J'Ai lu par ordre de Monſeigneur le Vice-Chancelier, un Manuſcrit intitulé, *Traité de la perſonnalité & de la réalité des Loix, Coutumes ou Statuts, par forme d'Obſervations, ſur le petit Traité latin de Rodenburgh, concernant cette matiere, par* Mᵉ. Louis Boullenois, *Avocat au Parlement*; & j'ai trouvé que cet Ouvrage, dont l'Auteur eſt déja très-connu, ne peut être que fort utile au Public. A Paris, ce 17 Février 1766.

CADET DE SAINEVILLE.

# *PRIVILEGE DU ROI.*

Louis, par la grace de Dieu, Roi de France et de Navarre : A nos amés & féaux Conſeillers les Gens tenants nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand-Conſeil, Prévôt de Paris, Baillis, Sénéchaux, leurs Lieutenants Civils, & autres nos Juſticiers qu'il appartiendra, Salut. Notre amé le ſieur Boullenois, Fils, Nous a fait expoſer qu'il déſireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre : *Traité de la perſonnalité & de la réalité des Loix, Coutumes ou Statuts, par forme d'Obſervations, ſur le petit Traité latin de Rodenburgh, concernant cette matiere, par* Mᵉ. Louis Boullenois, *Avocat*; s'il Nous plaiſoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce néceſſaires. A ces causes, voulant favorablement traiter l'Expoſant, Nous lui avons permis & permettons par ces Préſentes, de faire réimprimer ledit Ouvrage, autant de fois que bon lui ſemblera, & de le faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le temps de *neuf années* conſécutives, à compter du jour de la date des Préſentes. Faiſons défenſes à tous Imprimeurs, Libraires & autres perſonnes, de quelque qualité & condition qu'elles ſoient, d'en introduire de réimpreſſion étrangere dans aucun lieu de notre obéiſſance; comme auſſi de faire réimprimer, vendre, faire vendre, débiter, ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun extrait, ſous quelque prétexte que ce puiſſe être, ſans la permiſſion expreſſe & par écrit dudit Expoſant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiſcation des exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenants, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Expoſant ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts, à la charge que ces Préſentes ſeront enrégiſtrées tout au long ſur le Regiſtre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que la réimpreſſion dudit Ouvrage ſera faite dans notre Royaume, & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feuille imprimée, attachée pour modele, ſous le contre-ſcel des Préſentes; que l'Impétrant ſe conformera en tout aux Réglements de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725; qu'avant de l'expoſer en vente, l'imprimé qui aura ſervi de copie à la réimpreſſion dudit Ouvrage, ſera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France le ſieur de Lamoignon, & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, un dans celle dudit ſieur de Lamoignon, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Vice-Chancelier & Garde des Sceaux de France, le ſieur de Maupeou; le tout à peine de nullité des Préſentes. Du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant & ſes ayants-cauſes, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empê-

chement. Voulons qu'à la copie des Préſentes, qui ſera imprimée tout au long au commencement, ou à la fin dudit Ouvrage, ſoit tenue pour duement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers, Secrétaires, foi ſoit ajoutée comme à l'original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent, ſur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles, tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires. CAR tel eſt notre plaiſir. DONNÉ à Paris, le vingt-ſixieme jour du mois de Mars, l'an de grace mil ſept cent ſoixante-ſix, & de notre Regne le cinquante-unieme. Par le Roi en ſon Conſeil.

LE BEGUE.

*Regiſtré ſur le Regiſtre XVI de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N°. 508, fol. 450, conformément au Réglement de 1723, qui fait défenſes, article 41, à toutes perſonnes, de quelques qualités & conditions qu'elles ſoient, autres que les Libraires & Imprimeurs, de vendre, débiter, faire afficher aucuns livres, pour les vendre en leurs noms, ſoit qu'ils s'en diſent les Auteurs ou autrement; & à la charge de fournir à la ſuſdite Chambre, neuf Exemplaires preſcrits par l'article 108 du même Réglement. A Paris, ce 4 Avril 1766.*

LE BRETON, *Syndic.*